جامعة عين شمس
كلية الحقوق

الغصب وآثاره
فى الشريعة الإسلامية والقانون المدنى اليمنى

دراسة مقارنة بالقانون المدنى المصرى

رسالة

لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق

مقدمة من

الطالب/ يحيى محمد عبد الله الجرافى

المدرس المساعد بكلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء

لجنة المناقشة :

أ.د/ حمدى عبد الرحمن — رئيساً ومشرفاً

أستاذ ورئيس قسم القانون المدنى - كلية الحقوق - جامعة عين شمس

أ.د/ عبد المجيد محمود مطلوب — عضواً ومشرفاً

أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية - كلية الحقوق - جامعة عين شمس

أ.د/ سعيد جبر — عضواً

أستاذ القانون المدنى - كلية الحقوق - جامعة القاهرة

أ.د/ محمود بلال مهران — عضواً

أستاذ الشريعة الإسلامية - كلية الحقوق - جامعة القاهرة

١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م

وأخيرا هناك جمهور الفقهاء: وهؤلاء رغم اتفاقهم على أن مفهوم الغصب ينطبق على العقار والمنقول وأن منافع الأعيان والحقوق المتعلقة بالمال تضمن بضمان الغصب أيضا، إلا أن عباراتهم فى تعريف الغصب قد اختلفت، فبعضهم يعرفه بأنه استيلاء على مال الغير، وآخرون يذهبون إلى أنه استيلاء على حق الغير ولكل مبرراته.

إذن فهناك ثلاثة اتجاهات فقهية فيما يتعلق بتعريف الغصب ، نبحثها بشئ من التفصيل فى ثلاثة فروع متتالية نتبعها بفرع رابع نبحث فيه تعريف الغصب فى القانون المدنى وفقه .

الفرع الأول
تعريف الغصب فى الفقه الحنفى

عرف الغصب الإمام أبو حنيفه وأبو يوسف بقولهما «هو إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل فى المال، أما الإمام محمد فالفعل فى المال ليس بشرط، فالغصب عنده «إثبات اليد على مال الغير بغير إذن مالكه»[1].

وهناك تعريفات أخرى عديدة لفقهاء المذهب الحنفى لاتخرج فى مفهومها عن التعريف السابق ذكره ، إلا أن بعضها أضاف بعض القيود من قبيل التحديد الدقيق لمفهوم الغصب عندهم وتمييزه عن غيره من أوجه الاعتداء على مال الغير وحصر

---

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع، تأليف الإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى، دار الكتب العلمية بيروت ط٢ ، سنة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م جـ٧ ص ١٤٣.

محله فى المال المنقول الذى يشترط فيه أن يكون متقوما[1] ومحترما[2]، من ذلك يقول صاحب الهداية فى تعريفه للغصب شرعا: «بأنه أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده.[3]» فزاد صاحب تكملة فتح القدير قيدين «أحدهما قيد أو يقصر يده بأن يقال على وجه يزيل يده أو يقصر يده لئلا يخرج على تعريف الغصب فى الشرع ما أخذه الغاصب من يد غير المالك، كما إذا أخذه من يد المستأجر أو من يد المرتهن أو من يد المودع، فإن الغاصب فى هذه الصور وإن لم يزل يد المالك عن ماله بناء على

---

(١) المتقوم هو المال المباح الانتفاع به شرعا، حاشية رد المحتار لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فى فقه مذهب الإمام أبى حنيفة النعمان ط٢ سنة ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م شركة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر، جـ٥ ص... جـ٤ ص٥٠١. وأستاذنا الدكتور عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز فى المال والملك ونظرية العقد ، دراسة مقارنة ط١٤١٠هـ، ١٩٩٠م ص١٠ ويعرفه الأستاذ الدكتور يوسف قاسم بأنه «هو الذى له قيمة فى نظر الشريعة الإسلامية» مبادئ الفقة الإسلامى ط١٤٠٠هـ ١٩٨٠، الناشر دار النهضة العربية مصر، ص ٢٦٠. والمراد بهذا القيد إخراج الخنزير والخمر بالنسبة للمسلم فهما مال ولكنهما غير متقومين لعدم جواز الانتفاع بهما شرعا، وسنرى أن المال غير المتقوم إذا كان لمسلم لايضمنه متلفه باتفاق الفقهاء، ينظر فى هذا المعنى أيضا. أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ط٣، دار الفكر العربى ص٣٠و٣١.

(٢) المال المحترم هو المال المعصوم، رد المحتار لابن عابدين جـ٤، مرجع سابق، والقصد من هذا الشرط هو الاحتراز عن مال الحربى، شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم رستم باز ص٤٨٥ ط٣ دار إحياء التراث العربى بيروت ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م. فإذا غصب مسلم مال لحربى أو العكس فى دار الحرب فلا ضمان على أى منهما لأن مال كل منهما بالنسبة للآخر غير معصوم، والعصمة معناها عدم الإباحة. «والحربيون هم سكان دار الحرب - البلاد غير الإسلامية - الذين لايدينون بالإسلام ويقال لأحدهم حربى، والحربيون غير معصومين فدماؤهم وأموالهم مباحة مالم يكن بينهم وبين دار الإسلام عهد أو هدنة، لأن العصمة فى الشريعة الإسلامية تكون بأحد شيئين بالإيمان والأمان » . عبد القادر عودة، التشريع الجنائى الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى - المجلد الأول، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة ص٢٧٦ و٢٧٧ و٢٨٣.

(٣) الهداية شرح بداية المبتدى لشيخ الإسلام المرغينانى مطبوعة مع شرح فتح القدير لابن الهمام ط٢ دار الفكر، بيروت لبنان جـ٩ ص ٣١٦ . وذلك المعنى نفسه ورد فى مجمع الضمانات للبغدادى ط١ عالم الكتب ١٤٠٧ هـ ١٩٨٧م ص ١١٧ مع إضافة عبارة بفعل فى العين .

عدم كونه فى يده وقت الغصب... إلا أنه قصر يده عن ماله فى هاتيك الصور أيضا»[1]

وقد رد على هذه الإضافة العلامة ابن عابدين بقوله «يرد عليه أنه يشمل العقار مع أن المراد إخراجه[2]».

«وثانيهما، قيد على سبيل المجاهرة كما وقع فى البدائع لئلا يدخل فى تعريف الغصب شريعة السرقة[3]» فالغصب يقع على سبيل المجاهرة، والسرقة على سبيل الخفية».

وعرفه آخرون بأنه «إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة فى مال متقوم محترم قابل للنقل بغير إذن مالكه[4]».

تحليل واستنتاج

يستفاد من هذه التعريفات أنه يشترط لتحقق الغصب الذى يترتب عليه حكمه الشرعى[5] ماياتى :

أولا : إزالة يد المالك وإثبات يد الغاصب على مال الغير وذلك كله أى الإزالة والإثبات بفعل فى العين. فتحقق الإزالة دون إثبات اليد[6] أو العكس[7] لا يترتب عليه قيام الغصب الموجب للضمان.

---

(١) تكملة شرح فتح القدير لقاضى زاده على الهداية، جـ٩ ص ٣١٦،

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٦ ص١٧٨ .

(٣) تكملة شرح فتح القدير، المرجع السابق، موضع الإشارة السابقة.

(٤) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للعلامة فخر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى رحمه الله تعالى، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان جـ٥ ص٢٢٢. مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر، تأليف المولى الفقيه المحقق عبد الله بن الشيخ محمد سليمان المعروف بداماد افندى، مع زيادة قيد لابخفية طبعة دار إحياء التراث العربى للنشر والتوزيع جـ٢ ص٤٥٥. وأيضا ورد المعنى ذاته فى الدر المختار شرح تنوير الابصار للحصكفى جـ٦ ص١٧٧ مطبوع مع رد المحتار عليه السابق ذكره .

(٥) سيأتى بحث حكم الغصب فيما بعد إن شاء الله.

(٦) «كما لو غصب دابة فتبعتها أخرى أو ولدها لايضمن التابع ، لو هلك ، لعدم الصنع ... ولعدم إثبات اليد المبطلة» حاشية ابن عابدين جـ٦ ص١٧٧ .

(٧) كإثبات يد الغاصب على زوائد المغصوب الحادثة تحت يده فهى غير مضمونة بالهلاك لعدم إزالة اليد، حاشية ابن عابدين المرجع السابق جـ٦ ص ١٧٨.

وإعمال هذا الشرط يؤدى إلى حصر أحكام الغصب على المال المنقول ذاته فقط وإخراج كل من : ١- زوائد المغصوب الحادثة تحت يد الغاصب. ٢- المنافع. ٣- العقارات.

أما الزوائد، فلعدم تحقق شرط إزالة يد المالك عنها باعتبار أنها نتجت من الشئ المغصوب وهو تحت يد الغاصب، وما كانت موجودة تحت يد المالك وقت الغصب حتى يمكن القول إن الغاصب أزال يد المالك عنها، فلا تعتبر مغصوبة بغصب أصلها ولايكفى إثبات يد الغاصب عليها[١].

وأما المنافع: فلأنها أعراض تحدث شيئا فشيئا وعند حدوثها تتلاشى فلا وجود ماديا لها، ومن ثم لاتكون محلا للغصب، لأن شرط الإزالة والاثبات بفعل فى العين لايتحقق فيها[٢]. وهى أيضا ليست محلا للضمان، لأنها ليست أموالا متقومة بأنفسها وسواء استوفاها الغاصب أم عطلها إلا إذا كان المغصوب وقفا أو ليتيم أو معدا للاستغلال[٣]. والسبب فى ذلك أن المال عند الحنفية يعرف بأنه «مايميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة» ولما كانت المنافع لايمكن ادخارها فإنها ليست بمال[٤].

أما العقار «فلأن يد المالك فى العقار لاتزول إلا بإخراج المالك عنها، أى عن العين المغصوبة، وهو أى ذلك الإخراج فعل فى المالك لا فى العقار فلم يوجد فيه إزالة يد المالك بفعل فى العين فلم يتحقق فيه حقيقة الغصب فلم يلزم الضمان عند هلاكه فى يد الآخذ. واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل حيث قال : ليت شعرى بأى دليل ثبت كون إزالة يد المالك بفعل العين ومتى ثبت، بل مفهوم إزالة اليد تحققه فى إخراج المالك أظهر اهـ... ثم عقب صاحب تكملة فتح القدير على ذلك بقوله «قد ثبت ذلك بدليل ذكره صاحب البدائع حيث قال: وأما أبو حنيفة وأبو يوسف فمرا على أصلهما أن الغصب إزالة يد المالك عن ماله بفعل فى المال ولم يوجد فى العقار، والدليل على أن هذا شرط تحقق الغصب الاستدلال بضمان الغصب، فإن أخذ الضمان من الغاصب تفويت يده

---

(١) البدائع للكاسانى جـ٧ ص ١٤٣.

(٢) الهداية وشروحها جـ٩ ص٢٥٤-٢٥٦. البدائع للكاسانى جـ٧ ص١٤٥.

(٣) البدائع للكاسانى جـ٧ ص١٦٠. الدر المختار مع حاشية ابن عابدين عليه جـ٦ ص٢٠٦.

(٤) حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٥٢.

عنه بفعل فى الضمان فيستدعى وجود مثله منه فى المغصوب ليكون اعتداء بالمثل[1]».

وعلى أي حال نكتفى هنا بالتنويه إلى أن حصر أحكام الغصب على المال المنقول ذاته بسبب اشتراط إزالة يد المالك وإثبات يد الغاصب بفعل فى العين، لايعنى أن ماعدا المنقول فى حالة الاستيلاء عليه من غير مالكه لاتطبق على المسئول أحكام الضمان بصورة مطلقة، غاية مافى الأمر أن الضمان الذى يلزم به الغاصب بالنسبة إلى المسائل السابق ذكرها، يختلف من حالة إلى أخرى، فقد يكون ضمان غصب وقد يكون ضمان إتلاف[2]، وذلك بحسب ما إذا توفرت شروط معينة اشترطها الفقه الحنفى،

---

(١) شرح فتح القدير جـ٩ ص ٣٢٦، وبدائع الصنائع للكاسانى جـ٧ ص ١٤٦.

(٢) لافرق بين ضمان الغصب وضمان الإتلاف فى الفقه الحنفي من حيث ماهية الضمان الواجب بهما ففى كل يجب ضمان المثلى بمثله والقيمى بقيمته، بدائع الصنائع جـ٧ ص١٦٨. غير أن الفرق يظهر بينهما من حيث:

١- المدى الذى يسأل فيه الغاصب : فعندما تتقرر مسئوليته عن الشئ المغصوب على أساس ضمان الغصب، نكون بصدد مسئولية مطلقة، إذ يضمن الغاصب الشئ المغصوب المثلى بمثله والقيمى بقيمته أيا كان سبب الهلاك بفعله أو بفعل غيره أو بآفة سماوية، البدائع جـ٧ ص١٥١، الهداية مع شروحها جـ٩ ص٣٢٦. يضاف إلى ذلك أنه فى ضمان الغصب «... إذا أتلف المال المغصوب وهو فى يد الغاصب رجل غيره فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمنه الغاصب وهو يرجع على المتلف وإن شاء ضمنه المتلف وليس له الرجوع على الغاصب » م ٩١٢ من مجلة الأحكام العدلية. بينما إذا كان الضمان الذى يلزم به الغاصب هو ضمان إتلاف فإنه حينئذ لايسأل عن المغصوب إلا إذا كان إتلافه بفعله هو، أما إذا كان التلف بآفة سماوية فلا ضمان عليه، وإن كان التلف بفعل الغير فالمغصوب منه ليس له إلا الرجوع على المتلف فقط، هذا عند الإمامين أبى حنيفة وصاحبه أبى يوسف، البدائع جـ٧ص١٤٦.

وبعبارة موجزة ضمان الغصب يعنى إلزام الغاصب بالتعويض وإن حدث التلف أو الهلاك دون تعد منه، أما ضمان الإتلاف فلا يتحقق إلا بالتعدى .

٢- من حيث تقدير القيمة ففى ضمان الإتلاف تعتبر القيمة يوم التلف، مجمع الضمانات للبغدادى ص١٤٦، أما فى ضمان الغصب فتقدر قيمة المغصوب التالف بقيمته يوم الغصب إذا كان قيميا، أما إذا كان مثليا وانقطع، أى لم يوجد فى السوق ففى ذلك ثلاثة أقوال: الأول: للإمام أبى حنيفة الذى يرى بأن الواجب هو القيمة يوم الخصومة، أى وقت القضاء. والقول الثانى: للإمام أبى يوسف فعنده العبرة بالقيمة يوم الغصب. والقول الثالث: للإمام محمد بأن الواجب على الغاصب هو القيمة يوم الانقطاع. البدائع جـ٧ ص١٥١ والمادة ٨٩١ من المجلة العدلية. وشرح المجلة لسليم رستم باز ص٤٩٠. وتبيين الحقائق للزيلعى جـ٥ ص٢٢٣. والمبسوط لشمس الدين السرخسى المجلد السادس جـ١١ ص٥٠، ٥١، دار المعرفة بيروت لبنان ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م.

٣- من حيث الأثر: لعل أهم أثر يترتب على هذه التفرقة يظهر فى غصب العقارات، حيث سنرى فى المتن أن غاصب العقار عند جمهور الحنفية لايضمنه ضمان غصب وإنما ضمان إتلاف.

وبالنظر إلى الفروق المشار إليها بين نوعى الضمان سنجد أن أحكام ضمان الإتلاف اخف من أحكام ضمان الغصب، ومن ثم فإن القول بأن غاصب العقار يضمنه ضمان إتلاف فيه مراعاة لجانبه مع أنه المعتدى على حساب المغصوب منه المعتدى عليه.

كما هو الحال مثلا: بالنسبة إلى زوائد المغصوب المنفصلة الحادثة تحت يد الغاصب إذ يشترط لإلزامه بضمانهاضمان غصب مطالبة المغصوب منه بردها فيمتنع الغاصب عن ذلك: أو التعدي عليها من قبل الغاصب بإتلافها أو استهلاكها[١]، أو التصرف فيها ببيع ونحوه[٢]. على أساس أن يد الغاصب على هذه الزوائد يد أمانة، وإتيانه أى فعل من الأفعال المشار إليها يعتبر تعديا على الأمانة التى تحت يده[٣].

وكذلك بالنسبة إلى العقار فلا يضمنه غاصبه ضمان غصب – إلا إذا كان موقوفا أو مملوكا ليتيم أو معدا للاستغلال – ولكنه إذا تعدى عليه بإتلاف أو بيع ونحوه أو نقص بسكناه وزراعته فإنه يضمنه ضمان إتلاف على القول الصحيح فى المذهب الحنفى، وإذا كان الإتلاف بفعل الغير فإن الضمان يكون على المتلف عند الإمامين

---

(١) يفرق الفقه بين الإتلاف والاستهلاك، فالأول يعرف بأنه«إخراج الشئ من أن يكون منتفعا به منفعه مطلوبة منه عادة» البدائع جـ٧ ص١٤٦. والاستهلاك هو «اتلاف المال فى منفعة الانسان» نظرية الضمان فى الفقه الاسلامى العام، د. محمد فوزى فيض الله. مكتبة دار التراث، الكويت، ط١، ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م، ص ٨٦

(٢) البدائع، جـ٧ ص١٤٣، ١٤٨، ١٦٠، المرجع السابق. المبسوط للسرخسي، جـ١١ ص٥٤، سابق، الهداية للمرغينانى مع فتح القدير جـ٩ ص٣٤٨ سابق مجمع الضمانات للبغدادى ص١٢٩ حيث جاء فيها «زوائد المغصوب متصلة كانت كالسمن والجمال أو منفصلة كالولد واللبن والثمر أمانة فى يد الغاصب إن هلكت فلا ضمان عليه إلا إذا تعدى فيها أو طلبها ربها فمنعها إياه فيضمن». وإلى هذا ذهب الزيدية ماعدا الناصر والإمام يحيى وصاحب الروض النضير، ينظر فى ذلك شرح الأزهار المسمى المنتزع المختار من الغيث المدرار المفتح لكمائم الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار، للعلامة أبو الحسن عبد الله بن مفتاح رحمه الله، مطبعة المعارف بمصر سنة ١٣٤٠هـ، جـ٢ ص ٥٣٣. الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للقاضى العلامة شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين السياغى الحيمى اليمنى الصنعانى، ط١، ١٣٤٨هـ. مطبعة السعادة جـ٣ ص٤٠٤. ضوء النهار المشرق على صفحات الأزهار للعلامة الحسن بن أحمد الجلال ط الأولى ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م مكتبة غمضان لاحياء التراث جـ٣ ص ١٧٤٣.

(٣) وحجتهم فى اعتبار يد الغاصب – على الزوائد الحادثة تحت يده – يد أمانة، هو القياس على الثوب المملوك للغير إذا هبت به الريح والقته فى حجره كما يقول الحنفية المبسوط للسرخسي جـ١١ ص ٥٤، ٥٥. المرجع السابق. أو لأن الزوائد حدثت فى يد غاصب الأصل دون اختيار منه كملقى طائر كما يقول الزيدية، ضوء النهار للجلال جـ٣ ص١٧٤٣ المرجع السابق. والواقع أن هذا قياس مع الفارق فمن وقع فى حجره ثوب مملوك للغير سواء هبت به الريح أم القاه طائر تعتبر يده عليه يد أمانة لأنه لم يتعد لا بالمباشرة ولا بالسبب، بخلاف الغاصب الذى يعتبر غاصبا للزوائد بالتسبب.

حال وجودها قائمة بعينها[1]، سواء أقطع السارق أم لم يقطع، وهذا لاخلاف فيه فى الفقه الإسلامي عموما. ولكن فيما يتعلق بضمان المثل أو القيمة حال هلاك المسروق أو استهلاكه، فالحنفية يفرقون بين ما إذا لم يقطع السارق فالواجب الحكم عليه بالضمان، المثلى بمثله والقيمى بقيمته. وإن قطع فلا ضمان عليه، عندهم وذلك تطبيقا لقاعدة «أن القطع والضمان لايجتمعان» هذه القاعدة التى ترجع إلى قاعدة أصلية أخرى فى الفقه الحنفى هى «أن المضمونات تملك بالضمان ويستند الملك فيها إلى وقت وجوب الضمان» فلو ضمن السارق الملك المسروق واستند ملكه إلى وقت الأخذ فيحصل القطع فى ملك نفسه وذلك لايجوز[2]. والقول فى الحرابة هو ماقيل فى السرقة[3].

هذا ولنا عودة أخرى لهذه المسألة عندما نعرض لتمييز الغصب عن غيره من مظاهر الاستيلاء على مال الغير بغير حق، حيث سنبحثها فى مختلف المذاهب الفقهية.

---

(١) البدائع للكاسانى جـ٧ ص٨٩.

(٢) تخريج الفروع على الأصول للإمام أبى المناقب شهاب الدين محمود ابن أحمد الزنجانى، المتوفى سنة ٦٥٦هـ حققه وعلق على حواشيه د. محمد أديب صالح الطبعة ٥ ص٢١٥، ٢١٩، ٢٢٠. بدائع الصنائع للكاسانى جـ٧ ص٩٥ و٩٧.

(٣) البدائع للكاسانى جـ٧ ص٩٥ و٩٧.

الفرع الثانى
تعريف الغصب عند المالكية

يعرف الغصب فى الفقه المالكى بأنه «أخذ مال قهرا تعديا بلا حرابة»[(١)] ويتفق معهم فى هذا المعنى الأباضية[(٢)].

وهذا التعريف هو الذى تناوله كثير من شراح الفقه المالكى - فى مؤلفاتهم العديدة - بالنقد والشرح والتحليل، بهدف أن يكون تعريف الغصب منسجما مع أحكامه المأخوذ بها فى هذا المذهب . من ذلك:

- لما كان المال فى الفقه المالكى يعرف بأنه «مايقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه»[(٣)]. ولأن المال بهذا المفهوم يشمل الأعيان والمنافع، فقد انتقد التعريف السابق ذكره بأنه غير مانع لشموله المنافع باعتبارها أموالاً يعاوض عليها مع أن المراد إخراجها عن مفهوم الغصب، لأن «الغصب فى عرف الفقهاء استعمل فى أخذ أعيان الممتلكات بغير رضا أربابها[(٤)]».

أما الانتفاع بملك الغير بغير حق كمن يسكن دار غيره فليس غصبا بل تعديا . والتعدى «هو الانتفاع بملك الغير بغير حق دون قصد الرقبة أو إتلافه أو بعضه دون قصد تملكه[(٥)].».

---

(١) مختصر خليل للعلامة الشيخ خليل بن اسحاق المالكى، فى فقه إمام دار الهجرة، الإمام مالك بن أنس رضى الله عنه، مكتبة الإيمان، ط عيسى البابى الحلبى وشركاه ص٢٥٥.

(٢) شرح كتاب النيل وشفاء العليل لاطفيش جـ١٢/٢ ص٩٢.

(٣) الموافقات، فى أصول الشريعة لابى إسحاق الشاطبى، وهو إبراهيم بن موسى اللخمى الغرناطى المالكى، ط دار المعرفة، بيروت لبنان، جـ٢ ، ص ١٧.

(٤) مواهب الجليل، لشرح مختصر الخليل، تأليف إمام المالكية فى عصره أبى عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربى المعروف بالحطاب وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل لابى عبدالله محمد بن يوسف بن أبى القاسم العبدرى الشهير بالمواق، ط ٢، ١٣٩٨هـ ١٩٧٨م.

(٥) مواهب الجليل جـ٥ ص٢٧٤.

حال وجودها قائمة بعينها[١]، سواء أقطع السارق أم لم يقطع، وهذا لاخلاف فيه فى الفقه الإسلامى عموما. ولكن فيما يتعلق بضمان المثل أو القيمة حال هلاك المسروق أو استهلاكه، فالحنفية يفرقون بين ما إذا لم يقطع السارق فالواجب الحكم عليه بالضمان، المثلى بمثله والقيمى بقيمته. وإن قطع فلا ضمان عليه، عندهم وذلك تطبيقا لقاعدة «أن القطع والضمان لايجتمعان» هذه القاعدة التى ترجع إلى قاعدة أصلية أخرى فى الفقه الحنفى هى «أن المضمونات تملك بالضمان ويستند الملك فيها إلى وقت وجوب الضمان» فلو ضمن السارق الملك المسروق واستند ملكه إلى وقت الأخذ فيحصل القطع فى ملك نفسه وذلك لايجوز[٢]. والقول فى الحرابة هو ماقيل فى السرقة[٣].

هذا ولنا عودة أخرى لهذه المسألة عندما نعرض لتمييز الغصب عن غيره من مظاهر الاستيلاء على مال الغير بغير حق، حيث سنبحثها فى مختلف المذاهب الفقهية.

---

(١) البدائع للكاسانى جـ٧ ص٨٩.

(٢) تخريج الفروع على الأصول للإمام أبى المناقب شهاب الدين محمود ابن أحمد الزنجانى، المتوفى سنة ٦٥٦هـ حققه وعلق على حواشيه د. محمد أديب صالح الطبعة ٥ ص٢١٥، ٢١٩، ٢٢٠. بدائع الصنائع للكاسانى جـ٧ ص٩٥ و٩٧.

(٣) البدائع للكاسانى جـ٧ ص٩٥ و٩٧.

الفرع الثانى
تعريف الغصب عند المالكية

يعرف الغصب فى الفقه المالكى بأنه «أخذ مال قهرا تعديا بلا حرابة»[1] ويتفق معهم فى هذا المعنى الأباضية[2].

وهذا التعريف هو الذى تناوله كثير من شراح الفقه المالكى - فى مؤلفاتهم العديدة - بالنقد والشرح والتحليل، بهدف أن يكون تعريف الغصب منسجما مع أحكامه المأخوذ بها فى هذا المذهب . من ذلك:

- لما كان المال فى الفقه المالكى يعرف بأنه «مايقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه»[3]. ولأن المال بهذا المفهوم يشمل الأعيان والمنافع، فقد انتقد التعريف السابق ذكره بأنه غير مانع لشموله المنافع باعتبارها أموالاً يعاوض عليها مع أن المراد إخراجها عن مفهوم الغصب، لأن «الغصب فى عرف الفقهاء استعمل فى أخذ أعيان المتلكات بغير رضا أربابها[4]».

أما الانتفاع بملك الغير بغير حق كمن يسكن دار غيره فليس غصبا بل تعديا. والتعدى «هو الانتفاع بملك الغير بغير حق دون قصد الرقبة أو إتلافه أو بعضه دون قصد تملكه[5].».

---

(١) مختصر خليل للعلامة الشيخ خليل بن اسحاق المالكى، فى فقه إمام دار الهجرة، الإمام مالك بن أنس رضى الله عنه، مكتبة الإيمان، ط عيسى البابى الحلبى وشركاه ص٢٥٥.

(٢) شرح كتاب النيل وشفاء العليل لاطفيش جـ١٢/٢ ص٩٢.

(٣) الموافقات، فى أصول الشريعة لابى إسحاق الشاطبى، وهو إبراهيم بن موسى اللخمى الغرنناطى المالكى، ط دار المعرفة، بيروت لبنان، حـ٢ ، ص ١٧.

(٤) مواهب الجليل، لشرح مختصر الخليل، تأليف إمام المالكية فى عصره أبى عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربى المعروف بالحطاب وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل لابى عبدالله محمد بن يوسف بن أبى القاسم العبدرى الشهير بالمواق، ط ٢، ١٣٩٨هـ ١٩٧٨م.

(٥) مواهب الجليل جـ٥ ص٢٧٤.

ولذلك ذهب العلامة الدسوقى فى حاشيته على الشرح الكبير إلى أنه «كان الأولى أن يقول أخذ مال غير منفعة لأجل إخراج التعدى[١].».

– وانتقد التعريف أيضا بأن فيه تركيبا وذلك فى قوله بلا حرابة إذ «يتوقف معرفة المحدود على معرفة حقيقة أخرى [illegible] أعم منه ولا أخص من أعمه[٢].».

ويمكن أن يرد على هذا النقد بما أوضحه الشيخ محمد عليش من أن القصد بلا حرابة «يراد بها اللغوية أعنى المقاتلة...»[٣].

لذلك عرف الغصب بأنه «أخذ مال غير منفعة قهرا تعديا بلا خوف قتل»[٤].

وهذا العلامة الدردير قد بين فى شرحه الكبير المقصود بعبارة المال الموجودة فى التعريف حيث قال:«والمتبادر من المال الذات فخرج التعدى وهو الاستيلاء على المنفعة كسكنى دار وركوب دابة مثلا».

ثم بين أن المراد بقوله قهرا هو إخراج السرقة إذ لا قهر حال الأخذ وإن حصل القهر بعده. وبقوله تعديا خرج به المأخوذ قهرا بحق كالدين من مدين مماطل أو من غاصب... ولما كانت هذه القيود تشمل الحرابة قال بلا حرابة لإخراجها لأن حقيقتها غير حقيقة الغصب من حيث ترتيب بعض الأحكام على الحرابة دون الغصب[٥]. من هذه الأحكام «أن المحارب يقتل أو يصلب أو يقطع من خلاف أو ينفى من الأرض ولاكذا الغاصب[٦]».

---

(١) حاشية الدسوقى جـ٢ ص٤٤٢.

(٢) حاشية الشيخ محمد البنانى بهامش شرح الزرقانى، ط دار الفكر بيروت.، جـ٥ ص١٣٦

(٣) تقريرات العلامة المحقق سيدى الشيخ محمد عليش بهامش الشرح الكبير للدردير جـ٢ ص٤٤٢.

(٤) حاشية البنانى بهامش شرح الزرقانى جـ٥ ص١٣٦.

(٥) الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية الدسوقى المرجع السابق جـ٢ ص٤٤٢.

(٦) بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للصاوى ، جـ٢ ص٢٠٩

تحليل واستنتاج:

يستفاد من التعريف السابق ذكره ومما وجه له من نقد نتيجتان: الأولى: التفرقة بين الغصب والتعدى، والثانية: اختلاف حكم الغصب عن حكم السرقة والحرابة.

النتيجة الأولى: يختلف الضمان الذى يلزم به الغاصب عن الضمان الذى يلزم به المتعدى، وقبل بيان أوجه الفرق يستحسن أن نبين أساس هذه التفرقة.

أساس التفرقة: القصد من الاستيلاء:

الغصب يتحقق متى كان الشخص قد قصد باستيلائه على مال غيره أن يتملكه.

أما إذا كان القصد من الاستيلاء هو الانتفاع بمال الغير فقط دون تملك الرقبة فإن ذلك يسمى تعديا.

جاء فى التاج والإكليل «أن من قصد إلى التعدى على منفعة الشئ كعبد يستخدمه وثوب يلبسه ولم يقصد إلى الاستيلاء على رقبة العين والثوب ولا الحيلولة بينها وبين ربها فى التصرف فى ملكه على حسب مايتصرف به المالك فى الرقاب فإن هذا يسمى تعديا[١]».

ويرتب الفقه المالكى على هذه التفرقة آثاراً هامة فيما يتعلق بحكم الضمان، إذ يختلف فى الغصب عنه فى التعدى كما سنرى حالا.

الفرق بين ضمان الغصب وضمان التعدى:

فروق هامة وعديدة منها:

١ - فى الغصب إذا قصد الغاصب الاستيلاء على الذات بقصد تملكها فإنه يضمن المثلى بمثله والقيمى بقيمته يوم غصبه إذا تلف، سواء كان التلف بفعله أو بفعل غيره أو بآفة سماوية[٢].

أما منافع المغصوب فلا يضمن منها إلا بدل ما استعمل ومن يوم الاستعمال

---

(١) التاج والإكليل لمختصر خليل، للمواق، بهامش مواهب الجليل جـ٥ ص٢٧٤.

(٢) الشرح الكبير للدردير المرجع السابق جـ٢ ص٤٤٣.

النتيجة الثانية: الفرق بين ضمان الغصب وبين الضمان فى السرقة والحرابة:

إن إخراج السرقة والحرابة من حقيقة الغصب فى الفقه المالكى ليس ذلك لأن السرقة لاقهر فيها حال الأخذ فحسب، وليس فقط لأن الحرابة من أحكامها القطع أو القتل أو الصلب أو النفى بخلاف الغصب، فهذه أحكام لاخلاف عليها فى الفقه الإسلامى عموما، وإنما كان إخراجهما من مفهوم الغصب، لأن حكم الضمان فيهما حال الهلاك يختلف عن حكم الضمان فى الغصب، فعندهم لايضمن السارق - إذا قطع - مثل الشئ المسروق أو قيمته حال هلاكه أو إتلافه إلا إذا كان موسرا من حين الأخذ إلى حين القطع[1]. وللسبب نفسه كان إخراجهم للحرابة فالمحارب إذا نفذ عليه حد الحرابة لايضمن ماأخذه من مال الغير بطريق الحرابة حال هلاكه أو إتلافه إلا إذا كان موسرا من حين الأخذ إلى حين القطع أو القتل والصلب أو النفى على الراجح، فحينئذ يضمن ويؤخذ الضمان حال قتله من تركته[2]. ويتفق مع المالكية فى هذا الرأى الحنفية مع عدم اشتراطهم الإعسار فمتى نفذ على المحارب حد الحرابة فلا يضمن ما أخذه إذا كان تالفا لأنه لايجمع بين الحد والضمان عند الحنفية[3] وإليه ذهب بعض الزيدية[4].

ويحسن بنا هنا أن نؤكد مرة أخرى أن هذا الحكم مقصور على حالة هلاك الشئ المأخوذ فقط أما إذا كان الشئ موجودا فالواجب رده إلى مالكه باتفاق جميع الفقهاء سواء بالنسبة إلى السارق أم المحارب.

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد جـ٢ ص٣٢٨، سابق، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقى عليه جـ٤ ص٣٤٦، ٣٤٧.

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ٤ ص٣٥١.

(٣) البدائع للكاسانى جـ٧ ص٩٥ و٩٧.

(٤) كتاب البيان الشافى المنتزع من البرهان الكافى للعلامة يحيى بن أحمدمظفر، طبعة مجلس القضاء الأعلى، تحت اشراف مكتبة عبد الله غمضان لإحياء التراث ، جـ٤ ص٥١٧ هامش ٣٢٢.

ذلك هو موقف المالكية ومن نحا نحوهم، أما غيرهم من الشافعية[١]، والحنابلة[٢] والشيعة الإمامية[٣]، فالرأى عندهم أن المحارب إذا أخذ مال الغير وأقيم عليه الحد، فإنه يضمن ما أخذه ، ووجه قولهم هنا هو ما قالوا به فى السرقة وهو أن القطع والضمان يجتمعان، فالقطع حق لله والضمان حق للمالك.

ونكتفى بهذه الكلمة عن مفهوم الغصب فى الفقة المالكى، وننتقل بعدها إلى تعريف الغصب عند جمهور الفقه الإسلامى.

الفرع الثالث

تعريف الغصب عند جمهور الفقه الإسلامى

عبارات الجمهور - ماعدا الحنفية والمالكية - فى تعريف الغصب قد تعددت واختلفت فيما يتعلق بمحل الغصب وشرطه، فهناك اتجاه يذهب فى تعريفه إلى أنه استيلاء على مال واتجاه آخر يعرفه بأنه استيلاء على حق واتجاه ثالث يجمع فى تعريفه بين الحق والمال، والكل اختلف حول شرط الغصب، فبعضهم يشترط أن يكون على سبيل التعدى، بينما يكتفى البعض الآخر بأن يكون بغير حق.

فهل الخلاف لفظى أم أن هناك أثراً فى أحكام الغصب، هذا ما سنناقشه بعد بيان التعريفات .

الاتجاه الأول : وهو لبعض الشافعية والحنابلة وبعض الزيدية والشيعة الإمامية، ومال إليهم الإمام محمد من الحنفية، فمن هؤلاء من عرف الغصب بأنه «الاستيلاء على

---

(١) الأم، تأليف الإمام أبى عبد الله محمد بن أدريس الشافعى جـ٦ ص٢٢٥، المكتبة القيمة للطباعة والنشر.

(٢) المغنى لابن قدامة مطبوع مع الشرح الكبير جـ١ ص٢١٩، ٢٢٠.

(٣) شرائع الإسلام للحلى جـ٤ ص٩٥٥.

معنوى لايمكن حيازته. ولذلك قد يكون من الأفضل فى رأينا أن يقال – عند التمييز بين الحق الشخصى[١]، وبين الحق العينى – محل الحق العينى باعتباره شيئا معينا بذاته يكون قابلا للحيازة، بخلاف المحل فى الحق الشخصى الذى هو عمل أو امتناع يقوم به المدين[٢]، فلا يتصور حيازته[٣].

ثانيا : فى القانون المدنى المصرى

على خلاف القانون المدنى اليمنى لم ينظم المشرع المصرى أحكام الغصب فى مواد خاصة تحت عنوان الغصب وآثاره، وإنما جاءت أحكام الغصب فى نصوص متفرقة بين أحكام الحيازة، وخاصة الحيازة بسوء نية، وأحكام الالتصاق والاستحقاق بالإضافة إلى أن القواعد العامة فى هذا القانون تقرر الكثير من أحكام الغصب.

ونشير هنا إلى أن الحيازة بسوء نية فى فقه القانون المدنى لها معنى واسع يشمل كل صور الاستيلاء بدون حق، على شئ للغير حق عليه.

فكل من يحوز شيئا وهو يعلم أن فى حيازته لهذا الشئ اعتداء على حق الغير يعتبر حائزا سئ النية، كالسارق والغاصب وملتقط المال الضائع الذى يستولى عليه لنفسه دون أن يبلغ عنه، ومن يخفى شيئا مسروقا وهو يعلم بسرقته أو يشترى شيئا من بائع لايملكه وهو يعلم ذلك وتسلمه يعتبر حائزا سئ النية.

ليس هذا فحسب بل يعتبر الحائز سئ النية إذا ثبت أنه، وإن كان لايعلم بأن حيازته اعتداء على حق الغير، كان ينبغى عليه أن يعلم ذلك، فيكون جهله بأن حيازته اعتداء على حق الغير نتيجة لخطأ جسيم من جانبه، وذلك كالشخص الذى يشترى أو يرتهن شيئا ذا قيمة كبيرة من شخص اشتهر بالسرقة، فمثل هذا وإن كان لايعلم بأن الشئ مسروق إلا أن جهله يعتبر نتيجة لخطأ جسيم، إذ إنه لو بذل أقل جهد فى التحرى عن مصدر هذا الشئ لاستطاع أن يعلم أنه مسروق.

---

(١) يعرف الحق الشخصى بأنه «رابطة قانونية بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما وهو المدين فى مواجهة الآخر وهو الدائن بأن يقوم بعمل أو بأن يمتنع عن عمل معين» مبادئ القانون لأستاذنا الدكتور البدراوى ص٢٧٨،

(٢) د. البدراوى، المرجع السابق ص٢٨٤، ص٢٨٧.

(٣) د/ البدراوى ،المرجع السابق. نفس الموضع.

وكذلك من يحوز جزءا من أرض مجاورة لأرضه يعتبر حائز سئ النية ولايقبل منه ادعاؤه بأنه لايعلم ذلك إذ إنه يستطيع أن يتبين، لو أنه بذل أقل جهد في التحرى، بأن هذا الجزء من الأرض هو لجاره وليس مملوكا له[١].

هذا وقد تعرض بعض الشراح لتعريف الغصب أثناء تناولهم مسائل القانون المدنى مقارنة بالفقه الإسلامى.

فالدكتور عبد الرزاق السنهورى يعرفه فى كتابه مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، دراسة مقارنة بالفقه الغربى، بقوله : «الغصب وهو أخذ مال متقوم محترم بلا إذن من له الإذن على وجه يزيل يده بفعل فى العين[٢]».

وواضح أن هذا التعريف منقول من الفقه الحنفى وقد سبق مناقشته.

ويعرفه الأستاذ الدكتور عبد الناصر توفيق العطار بقوله : «هو إزالة يد المالك عن شئ من ملكه ووضع يد الغاصب عليه بغير حق شرعى[٣]».

مناقشة هذا التعريف

– تقدم فى الفقه الإسلامى ترجيح الاتجاه الذى يعرف الغصب بأنه استيلاء على مال ....، باعتبار أن المال في هذا الفقه ينقسم إلى قسمين ١– أعيان "عقارات ومنقولات" ٢– منافع، على خلاف بين الفقهاء فى مالية هذه الأخيرة.

أما من الناحية القانونية، فالتعبير عن المغصوب، فى التعريف الذى نحن بصدده، بالشئ وليس بالمال هو تعبير دقيق، لأن «الأشياء فى التعبير القانونى الدقيق غير الأموال، ذلك أن المال هو كل حق ذو قيمة مالية، أى يمكن تقويمه بمال، سواء أكان هذا الحق عينيا أم شخصيا أم الجانب المالى لحق المؤلف[٤]».

(١) د. عبد الرزاق السنهورى الوسيط جـ٩ فقرة ٢٩٢ ص٨٦٧ ومابعدها.

(٢) جـ١ ص٥٢، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة.

(٣) مصادر الالتزام ط ١٩٩٠م مؤسسة البستانى للطباعة، القاهرة ص٣٢٠.

(٤) د.أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون ص٢٣١، سابق، د. جميل الشرقاوى، الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى اليمنى ص١٢.

وقد عرفنا فيما سبق أن الحقوق عينية كانت أم شخصية، ومن باب أولى الحقوق الذهنية، لايمكن أن تكون محلا للغصب، وقلنا: إن الأشياء المادية فقط هى التى يمكن أن يرد عليها الغصب بالاستيلاء عليها وحيازتها.

- ولكن يؤخذ على هذا التعريف، وصف الشئ بكونه مملوكا.

فالشئ المغصوب قد يكون مثقلا بحق عينى آخر غير حق الملكية، كحق الانتفاع، وحق الاستعمال وحق السكنى، وحق الارتفاق[1]، وكل صاحب حق من هذه الحقوق يعتبر الشئ مغصوبا منه أيضا.

وأيضا قد يكون الشئ المغصوب مثقلا بحق عينى تبعى كحق الرهن الرسمى أو الحيازى، وقد يتعلق الحق الشخصى بالشئ المغصوب، كحق المستأجر على العين المؤجرة إذا غصبت من تحت يده. وسنرى عند بحث التزامات الغاصب أن كل هؤلاء - رغم أن الشئ المغصوب ليس مملوكا لأى منهم - يستطيعون إسترداده سواء بمقتضى حق التتبع الذى يتمتع به صاحب الحق العينى[2]، أو طبقا لأحكام الحيازة التى بمقتضاها يستطيع الحائز للعقار إذا خرج من حيازته بطريق الغصب أن يسترده

---

(١) فى تعريف هذه الحقوق ينظر د. حمدى عبد الرحمن، فكرة الحق ص٨٢-٨٦، سابق د. عبد الرزاق السنهورى الوسيط جـ٩ ص ١٢٠٠ ومابعدها. د. أحمد سلامة، المدخل ص٢٦٥-٢٧٠، د. توفيق حسن فرج الحقوق العينية الأصلية ط١٩٨٦م مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية ص٢١٠ ومابعدها د/ سعيد جبر، المدخل لدراسة القانون اليمنى، الجزء الثانى، نظرية الحق، ص ٤١ وما بعدها.

(٢) من أهم خصائص الحق العينى هو أنه يخول صاحبه سلطة تتبع الشئ محل الحق فى أى يد يكون وذلك لاسترداده ممن يحوزه حتى يتمكن من مباشرة حقوقه عليه، وحق التتبع هذا يرى أغلب الفقه أنه يثبت لصاحب الحق العينى الأصلى كما يثبت لصاحب الحق العينى التبعى، فى هذا المعنى د. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية ص١٩-٢١ سابق، د. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون ص٢٨٤، ٢٨٥ مع الهامش رقم ١. د. عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية ص٧ الطبعة الثانية ١٩٦٤م شركة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر. د. حمدى عبد الرحمن، فكرة الحق ص٩٠، ٩١ سابق. وقارن د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط جـ٨ حق الملكية فقرة ١١٩ ص٢١٢، د. عبد المنعم البدراوى، حق الملكية ص٦ ط١٩٨٠ مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة.

بدعوى استرداد الحيازة، سواء أكان الحائز حائزا أصليا أم حائزا عرضيا[١].

لهذه الأسباب نرى أن يعرف الغصب بما يلي:

الغصب: هو الاستيلاء على شئ مادى معين للغير حق عليه، بدون سبب مشروع.

شرح التعريف:

أولا: نقصد بالاستيلاء : السيطرة المادية بوضع اليد على الشئ سواء تم ذلك بفعل إيجابى ابتداء كأن يأتى شخص فيستولى على الشئ الذى للغير حق عليه دون سبب مشروع، أو بفعل سلبى انتهاء كامتناع المستأجر مثلا عن رد العين المؤجرة بعد انتهاء الإيجار[٢].

ثانيا: أما قولنا على شئ مادى[٣]، فذلك لأن الشئ المادى هو وحده الذى يمكن الاستيلاء عليه وحيازته، سواء أكان عقارا أم منقولا.

أما الشئ غير المادى – وهو الذى لايدرك بالحس وإنما يدرك بالفكر وأكثر الأشياء غير المادية هى نتاج الذهن كأفكار المؤلف – فلا يمكن الاستيلاء عليه إذ لايمكن حيازته[٤].

وهنا قد يثور سؤال. فمن المعلوم أن الأشياء غير المادية تكون محلا لحقوق كثيرة يسمى أغلبها بالحقوق الذهنية وأهمها حق المؤلف، فهذا الحق له جانبان جانب

---

(١) يستطيع الحائز العرضى، سواء أكان مستأجرا أم صاحب حق انتفاع، أم صاحب رهن حيازى أم مستعيرا أن يسترد العقار الذى يحوزه حيازة عارضة إذا انتزع منه بطريق الغصب، وذلك بدعوى استرداد الحيازة ليتمكن من استيفاء ماله من حقوق فى ذمة الغير بسبب هذه الحيازة، فى هذا د. عبد الرزاق السنهورى الوسيط جـ٩ ف٢٧١ ص٨٣٠ وف٢١٩ ص٩١٤.

(٢) د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام الإيجار فى التقنين المدنى وتشريعات إيجار الأماكن، الطبعة الثانية ص٤٥٨.

(٣) «الشئ المادى هو الذى يدرك بالحس، ويكون له وجود ملموس، كالنقود والمأكولات والعقارات» د. أحمد سلامة المدخل لدراسة القانون فقرة ١٣٧ ص ٢٣٤.

(٤) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، نفس الموضع، د. حسام الأهوانى مقدمة القانون المدنى ص٢٨٠، ٢٨١، سابق، د. عبد الرزاق السنهورى الوسيط جـ٨ ف١٦٤ ص٢٧٥.

أدبى، وجانب مالى[1]، وهذا الأخير من حق المؤلف وحده أن يستغله، إذ نصت المادة ٥ من قانون حماية حق المؤلف الصادر سنة ١٩٥٤م برقم ٣٥٤ على مايلى:

«للمؤلف وحده الحق فى تقرير نشر مصنفه وفى تعيين طريقة هذا النشر، وله وحده الحق فى استغلال مصنفه ماليا بأية طريقة من طرق الاستغلال، ولايجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن كتابى سابق منه أو ممن يخلفه».

فإذا قام شخص بالاعتداء على الجانب المالى لحق المولف وقام باستغلال المصنف عن طريق نشره أو عرضه أو بأية طريقة من طرق الاستغلال، فهل يسمى مثل هذا الشخص غاصبا؟.

الحقيقة لم يكن هناك شئ مادى قد تم الاستيلاء عليه حتى يمكن القول إن الشخص المعتدى يعتبر غاصبا، «وذلك لأن حق المؤلف المالى منقول معنوى وليس منقولا ماديا حتى يمكن أن يرد عليه الاستيلاء»[2].

ولحماية حق المؤلف، هناك إجراءات مؤقته تسمى بالإجراءات التحفظية، نص عليها المشرع فى قانون حماية حق المؤلف من شأنها أن تحفظ للمؤلف قيمة حقه المالى، وذلك مثل وقف نشر المصنف أو وقف عرضه، وتوقيع الحجز على المصنف أو نسخه، وحصر الإيراد الناتج من النشر أو العرض، إلى غير ذلك من الإجراءات.

وهناك جزاءات جنائية وأخرى مدنية وهذه الأخيرة تتمثل فى أحد أمرين:

١- الحكم بإزالة أثر الاعتداء إزالة عينية إذا كان ذلك ممكنا ولم يكن هناك مانع قانونى، ويكون ذلك بإتلاف نسخ المصنف المعتدى عليه أو صوره التى نشرت بوجه غير مشروع.

٢- أو الحكم بالزام المعتدى بدفع مبلغ من المال على سبيل التعويض، ولصاحب الحق أو من يقوم مقامه اختيار أحد الأمرين مالم يكن هناك نص يقضى

---

(١) د. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون ص٢٩٨-٣٠٤. سابق. د. السنهورى الوسيط جـ٨ ص٢٥٧. د. الصده ص٣٢٧، المرجع السابق. د. حمدى عبد الرحمن، فكرة الحق ص١٤٤ ومابعدها.

(٢) د. السنهورى الوسيط جـ٩ فـ٦ ص١٦.

بوجوب التعويض فقط[١].

وفى ضوء ماسبق نرى أن القيمة المالية لحق المؤلف هى التى يمكن القول إن المعتدى يعتبر غاصبا لها، أما الحق المالى ذاته فهو حق معنوى يتمثل فى القدرة أو السلطة التى خولها القانون للمؤلف لاستغلال مصنفه ماليا بأية طريقة من طرق الاستغلال .

ولايمكن القول إن نسخ المصنف التى قام المعتدى بطبعها أو تصويرها ونشرها، أو النموذجات التى قام بتقليدها هى التى تعتبر مغصوبة، لأن حق المؤلف ليس واردا عليها، وإنما على «المصنف أى النتاج الذهنى أيا كان نوعه، وهو شئ معنوى، أو غير مادى، أما الجسم المادى الذى يتمثل فيه هذا النتاج، كصفحات الكتاب الذى دون فيه المصنف أو الحجر الذى نحت فيه التمثال، أو اللوحة التى رسمت عليها الصورة، أو نحو ذلك فليس هو محل ذلك الحق[٢]».

أما إذا كان المؤلف هو الذى قام بنسخ مؤلفه عن طريق طبعه أو تصويره ثم أتى الغاصب واستولى على هذه النسخ أو على النسخة الأصلية، فإننا نكون بصدد غصب إنصب على منقولات مادية يجب على الغاصب حينئذٍ ردها بعينها إذا كانت باقية أو يضمن قيمتها إذا تلفت أو استهلكت.

ثالثا: أما قولنا للغير حق عليه: فذلك حتى يشمل التعريف - إضافة إلى المالك - كل من له حق على الشئ المغصوب سواء أكان حقا عينيا، كحق انتفاع، أم ارتفاقا، أم رهنا حيازيا، أم حقا شخصيا تعلق بالشئ المغصوب، كحق مستأجر العين التى غصبت من تحت يده.

---

(١) فى وسائل حماية حق المؤلف، د. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، ص٣١٧ ومابعدها. د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط جـ٨ حق الملكية ص٤٢٥ ومابعدها. د. حمدى عبد الرحمن، فكرة الحق ص١٥٧ ومابعدها. د. حسام الدين الأهوانى، مقدمة القانون المدنى، نظرية الحق ص٣٣١، ٣٣٢. د. عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية ص٣٢٨. د. عبد المنعم البدراوى، حق الملكية ص٢٨٦. كل هذه مراجع سابقة.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، المرجع السابق ص٣١١.

مقارنة:

ويعقد مقارنة موجزة لتعريف الغصب في الفقه الإسلامى مع ما عليه القانون المدنى، يتضح لنا مايلى:

- فى الفقه الإسلامى اختلفت الآراء على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: اتجه إلى حصر مفهوم الغصب على المال المنقول فقط وأخرج من نطاق أحكامه:

- العقارات ، حيث ذهب إلى أن الغاصب لها لايضمنها ضمان غصب وإنما ضمان إتلاف وفرق بين هذا وذاك بيناه فى موضعه.

- المنافع، باعتبار أنها لاتندرج تحت مفهوم المال عند أصحاب هذا المذهب، وهم أكثر الحنفية.

ولما كانت هذه التفرقة بين العقار والمنقول والقول بعدم مالية المنافع لاتستند إلى دليل قوى وتؤدى إلى تشجيع الغاصبين على الاستيلاء على العقارات المملوكة للغير والانتفاع بها بدون وجه حق، فقد استثنى فقهاء الحنفية: العقارات الموقوفة والمملوكة ليتيم والمعدة للاستغلال وكذا منافعها وقرروا أنها تضمن بضمان الغصب.

المذهب الثانى: وهو لفقهاء المالكية، فقد فرقوا بين الاستيلاء على مال الغير بقصد تملكه وهذا يسمى عندهم غصبا، وبين الاستيلاء على مال الغير بقصد الانتفاع به وهذا يسمى تعديا. وقد بينا أوجه التفرقة بين الغصب والتعدى وتبين لنا أيضا أنها تفرقة لاتقوم على دليل وأنها تؤدى إلى نتائج غير عادلة، ذلك أن القصد أو النية من الأمور الباطنة التى لايعلمها إلا صاحبها. هذا وكل من المذهبين الحنفى والمالكى قد أخرجا من مفهوم الغصب الاستيلاء على مال الغير بطريق السرقة والحرابة، حيث إن السارق والمحارب لايضمن المال عندهم حال هلاكه إذا أقيم عليه الحد، أما إذا كان باقيا فالكل متفق على وجوب رده لصاحبه. مع ملاحظة أن المالكية يستثنون كما عرفنا

حالة ما إذا كان السارق أو المحارب موسرا من حين الأخذ إلى حين تنفيذ الحد، إذ في هذه الحالة يجب عليه الضمان ع: مم.

المذهب الثالث: وهو لجمهور الفقهاء – عدا الحنفية والمالكية – فلم يفرق في مفهومه للغصب بين العقار والمنقول بالإضافة إلى إعتداده بمالية المنافع، وهذا المذهب هو الذي حاولنا التوفيق بين إتجاهاته المختلفة حيث انتهينا إلى تعريف الغصب بأنه «الاستيلاء على مال أو شئ للغير حق عليه دون سبب شرعي».

وبمقارنة هذه الإتجاهات بما عليه القانون المدني نجد:

– القانون المدني اليمني، قد أخذ برأي الاتجاه الثالث من اتجاهات جمهور الفقه الإسلامي حيث عرفت المادة ١١٢٦ الغصب بأنه «الاستيلاء على مال الغير أو حقه عدوانا بدون سبب شرعي».

وقد أخذ على هذا التعريف جمعه بين المال والحق مع أن هذا الأخير شئ معنوي ليس له وجود مادي محسوس يمكن الاستيلاء عليه، فهو لايخرج عن كونه مصلحة أو اختصاصا أو سلطة، سواء في الفقه الإسلامي أم في الفقه القانوني، إنما القيمة المالية للحقوق المتعلقة بالأعيان، كحق الارتفاق وحق الاستعمال وكذا الجانب المالي لحق المؤلف هي التي يعتبر المعتدي غاصبا لها.

– القانون المدني المصري لم يعرف الغصب ولم يفرد له أحكام خاصة به، وإنما جاءت الأحكام المتعلقة به في مواضع مختلفة مثل باب الاستحقاق والحيازة – خاصة الحيازة بسوء نية – وأحكام الالتصاق. وأما التعريف الفقهي للغصب الذي عرفه بأنه : «إزالة يد المالك عن شئ من ملكه ووضع يد الغاصب عليه بغير حق شرعي». فهو تعريف دقيق يتفق مع المفهوم القانوني للمال[1]. وإن كنا قد أخذنا على هذا التعريف وصفه للشئ بكونه مملوكا، ذلك أن الشئ المملوك قد يكون مثقلا بحق

(١) ينظر ص ٤٠ من هذا البحث.

المطلب الثانى
حكم تصرفات الغاصب فى القانون المدنى المصرى

عرفنا فى الفقه الإسلامى أن التصرفات التى يجريها الغاصب على الشئ المغصوب تنعقد موقوفة على إجازة المالك فى رأى جمهور الفقه، باطلة فى رأى بعض الفقهاء، وانتهينا إلى ترجيح الرأى الغالب القائل بالوقف وهو الذى أخذ به المشرع اليمنى.

أما المشرع المصرى فلم يبين الطبيعة القانونية لتصرفات الغاصب كقاعدة عامة، ولكنه نظم بعض التصرفات التى يجريها الشخص على شئ مملوك لغيره، وذلك بنصوص خاصة كما فعل فى بيع ملك الغير وهبته ورهنه، وترك البعض الآخر لتطبق بشأنه القواعد العامة كما هو الحال مثلا فى تأجير ملك الغير حيث لم يأت بشأنه بنص خاص.

ولما كان المشرع المصرى قد قرر أن تسرى أحكام بيع ملك الغير المنصوص عليها فى المادتين ٤٦٦ و٤٦٧ مدنى على هبة ملك الغير ورهنه[1]. فإننا سنبحث الفرضين الهامين الأكثر وقوعا فى الحياة العملية وهما بيع ملك الغير وتأجير ملك

---

(١) فى هبة ملك الغير تقول المادة ٤٩١ مدنى مصرى «إذا وردت الهبة على شئ معين بالذات غير مملوك للواهب سرت عليها أحكام المادتين ٤٦٦ ، ٤٦٧.».

وفى رهن ملك الغير تنص المادة ١٠٣٣ فى فقرتها الأولى على أنه : «إذا كان الراهن غير مالك العقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لايترتب على العقار إلا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن.»

وتقول المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدنى المصرى فى هذا الشأن : «.... فإن كان الراهن غير مالك العقار المرهون فإن الرهن يكون باطلا بطلانا نسبيا ... وقد أراد المشرع بجعل الرهن فى العقار المعين غير المملوك للراهن باطلا بطلانا نسبيا أن يوحد فى الحكم مابين بيع ملك الغير ورهن ملك الغير رهنا رسميا أو حيازيا لوحدة العلة وتحقيقا لاتساق التشريع، وفى هذه الفروض الثلاثة يجيز العقد من تقرر البطلان لمصلحته (المشترى أو الدائن المرتهن) كما يجيزه إقرار المالك الحقيقى أو انتقال الملكية منه إلى البائع أو الراهن» مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص١٤ ومابعدها.

الغير.

أولا : حكم بيع ملك الغير.

بيع الغاصب للشئ المغصوب هو صورة من صور بيع ملك الغير[1]. وقد نظم المشرع المصرى حكم بيع ملك الغير فى المواد ٤٦٦-٤٦٨ مدنى وذلك كما يلى :

المادة ٤٦٦ «١- إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لايملكه جاز للمشترى أن يطلب إبطال البيع، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد أو لم يسجل. ٢- وفى كل حال لايسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشترى العقد.».

المادة ٤٦٧ «١- إذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحا فى حق المشترى. ٢- وكذلك ينقلب العقد صحيحا فى حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد.»

المادة ٤٦٨ «إذا حكم للمشترى بإبطال البيع وكان يجهل أن البيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية».

ويستخلص من هذه النصوص أن بيع ملك الغير فى القانون المدنى المصرى يعتبر فيما بين طرفيه قابلاً للإبطال لمصلحة المشترى م (١/٤٦٦).

أما بالنسبة إلى المالك فهو غير سار فى حقه إلا إذا أقره م (٢/٤٦٦)، وإذا أقره سرى فى حقه وأصبح صحيحا فى حق المشترى م (١/٤٦٧). وحينئذ ليس للمشترى الحق فى المطالبة بالإبطال حيث لامصلحة له فى ذلك، لأن الملكية قد انتقلت إلية باقرار المالك[2].

على أنه يجب لامتناع التمسك بالإبطال أن يكون الإقرار قد صدر من المالك قبل

(١) د. عبد المنعم البدراوى، الوجيز فى عقد البيع- الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة ١٩٧٠ ص٤١١، د. عبد الناصر توفيق العطار شرح احكام البيع ط١٤٠٥هـ ١٩٨٤م ص١٠١ ، ١٠٢ فقرة ٥٠.

(٢) د. محمد على عمران ، موجز البيع ط ١٩٨٨م ١٩٨٩م ص١٢٣، ١٢٤.

رفع المشترى دعوى المطالبة بالبطلان: «فإذا صدر بعد رفعها لم يحرم المشترى من الحصول على حكم بالبطلان، لأن مراكز الخصوم فى الدعوى يجب أن تتحدد بالنظر إلى وقت رفعها[1]».

والحق فى طلب إبطال البيع مقرر للمشترى سواء أكان يعرف وقت البيع أن البائع لايملك المبيع أم كان جاهلا لذلك[2]. فالمشرع لم يشترط فى المشترى، حتى يحق له المطالبة بإبطال البيع، أن يكون حسن النية وإنما اشترط حسن النية للمطالبة بالتعويض فقط م٤٦٨ مدنى[3] ولأن المشترى العالم بأن البائع له غير مالك للشئ المبيع «إنما رضى بالبيع معتقدا أن البائع يستطيع أن يحصل على ملكية المبيع فينقلها إليه، فإذا تبين له أن البائع لايستطيع ذلك فليس عليه أن ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقى، بل له أن يبادر إلى المطالبة بإبطال البيع، وهذه هى الميزة الجوهرية فى أن المشرع قد نص على جعل بيع ملك الغير قابلا للإبطال لمصلحة المشترى[4]»

---

(١) د. البدراوى، المرجع السابق، ص٤١٩ فقرة ٢٩٠، ونفس المعنى. د. السنهورى الوسيط جـ٤ البيع ص٢٨٨، ٢٨٩ فقرة ١٦١.

(٢) د. السنهورى ، المرجع السابق، نفس الموضع، د. محمد على عمران، المرجع السابق ص١١٢.

(٣) د. محمد على عمران، المرجع السابق، موضع الإشارة السابقة.

(٤) د. عبد الرزاق السنهورى الوسيط جـ٤ ص٢٨٨ فقرة ٢٦١. السابق - وعكس هذا الدكتور محمد لبيب شنب حيث يرى : «أنه إذا كان المشترى يعلم بعدم ملكية المتعاقد معه فإن العقد لايكون بيعا... وبالتالى فلا يكون باطلا. وعلى ذلك فلا يثبت للمشترى الحق فى طلب الإبطال إلا إذا كان حسن النية يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، ولاوجه لإعطاء المشترى الذى يعلم بعدم ملكية البائع للمبيع الحق فى الإبطال ولايكفى لذلك مجرد الاستناد إلى نصوص القانون، فالمادة ٤٦٨ تتكلم عن التعويض ولذلك فمن الطبيعى أن تشترط لاستحقاقه حسن نية المشترى، أما المادة ٤٦٦ فتتكلم عن حكم بيع ملك الغير واعتبار هذا العقد باطلا يتطلب تكييفه بأنه بيع، والعقد الذى يعلم فيه طالب اكتساب الملكية بعدم ملكية المتعاقد معه لايعتبر بيعا وبالتالى لايقع فى نطاق المادة ٤٦٦ أصلا» شرح أحكام عقد البيع ط١٩٨١م الناشر دار النهضة العربية القاهرة ص٧٦، ٧٧ فقرة ٥١. ويتفق معه فى هذا الرأى الدكتور عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق ص١٠٢ فقرة ٥٠ مكرر.

وبهذا قضت محكمة النقض المصرية، فقد حكم «بأن علم المشترى بأن البائع له لايملك المبيع يجيز للمشترى طلب إبطال البيع ورد الثمن دون المطالبة بالتعويض[١]».

تأصيل البطلان فى بيع ملك الغير :

بيع ملك الغير كما عرفنا آنفا هو قابل للإبطال لمصلحة المشترى، «والأصل فى العقود القابلة للإبطال أنها تظل صحيحة ومنتجة لآثارها إلى أن يقضى ببطلانها[٢]». ولكن بيع ملك الغير مع أنه قابل للإبطال إلا أنه لاتترتب عليه جميع آثاره فهناك أهم أثر لهذا العقد وهو نقل ملكية المبيع إلى المشترى لايتحقق، لأن البائع غير مالك، ففاقد الشئ لايعطيه، إنما تنتقل الملكية إلى المشترى إذا أقر البيع المالك الحقيقى م٤٦٧/١ مدنى.

أما إذا لم يقره المالك فيظل محتفظا بملكيته ولو أجاز المشترى العقد، لأن أثر الإجازة ينحصر فى جعل العقد صحيحا منتجا لآثاره فيما بين طرفيه البائع والمشترى، فيكون البائع ملتزما بنقل ملكية المبيع وبتسليمه وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية وبغير ذلك من التزامات البائع، ويكون المشترى ملتزما بدفع الثمن والمصروفات وبتسلم المبيع.

أما المالك الحقيقى فهو أجنبى عن العقد لاتنتقل منه الملكية إلا برضائه[٣]، فإذا لم يرض فلا يكون أمام المشترى وقد أجاز العقد إلا المطالبة بالفسخ وله أيضا إذا تعرض له المالك الحقيقى أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق[٤].

وبسبب هذه الأحكام الخاصة ببيع ملك الغير ثار جدل كبير بين الفقهاء حول

---

(١) مجموعة أحكام النقض س١٨ نقض ١٩٦٧/٨/١٥م ص١٥٠٠، أشار إليه د. العطار المرجع السابق ص١٠٦ هامش ٢١.

(٢) د. محمد على عمران موجز البيع ص١١١.

(٣) المادة ١/٤٦٦.

(٤) د. السنهورى، الوسيط جـ٤ ص٢٩٢، ٢٩٤. فقرة ١٦٣.

الطبيعة القانونية لبطلان هذا البيع وأساسه.

فقد ذهب رأى إلى أنه يتعذر القول بأن بيع ملك الغير يقع باطلا بطلانا مطلقا، والسبب فى ذلك أن أحكام بيع ملك الغير تختلف فى أساسها وفى النتائج المترتبة عليها عن أحكام البطلان المطلق طبقا لقواعده العامة.

«فالبطلان المطلق أو عدم انعقاد العقد يرجع إلى عدم توافر ركن من أركان العقد كالتراضى أو المحل أو السبب أو عدم توافر الشروط اللازمة لهذه الأركان، أو كون الباعث على هذا العقد غير مشروع، وبيع ملك الغير تتوفر فيه جميع الأركان اللازمة لانعقاد البيع، فالبائع والمشترى متفقان على نقل ملكية شئ أو حق مالى آخر فى مقابل ثمن نقدى، وقد توفرت بالنسبة إلى محله وسببه الشروط التى يتطلبها القانون للانعقاد، وإن كان الشك قد يثور بالنسبة إلى شرط إمكان تنفيذ الالتزام بنقل الملكية، إذ من الواضح أن البائع طالما لم يتملك المبيع فلا يستطيع نقله إلى المشترى، ولكن ذلك لا يعنى أن هذا النقل مستحيل استحالة مطلقه بالنسبة إلى الكافة فلا يزال هناك شخص يستطيع نقل الملكية وهو المالك الحقيقى، فالاستحالة إذن نسبية، ومن المسلم أن الاستحالة المطلقة هى التى تؤدى إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا أما الاستحالة النسبية فلا تحول دون انعقاده وإن أعطت الحق فى طلب فسخ العقد على أساس عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه .

كذلك لاتتفق النتائج التى رتبها القانون على بيع ملك الغير مع النتائج المترتبة على البطلان المطلق، فالبطلان المطلق معناه عدم انعقاد العقد، فلا ينتج أى أثر ولو لم يحكم بهذا البطلان ولاينقلب العقد الباطل بطلانا مطلقا صحيحا أبدا، ويستطيع أن يتمسك بهذا البطلان كل ذى مصلحة من طرفى العقد، أما بيع ملك الغير فينتج جميع آثاره فيما عدا نقل الملكية وذلك إلى أن يتقرر إبطاله، وتصح إجازته فينقلب صحيحا، وكذلك ينقلب صحيحا إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد، ولايستطيع التمسك بإبطاله سوى المشترى دون البائع، وكل هذه النتائج لاتستقيم مع أحكام

البطلان المطلق، ولذلك فإن بيع ملك الغير لايعتبر باطلا بطلانا مطلقا[١]».

وذهب رأى آخر إلى القول بأن بيع ملك الغير إنما هو باطل بطلانا نسبيا إما لغلط فى شخص البائع، فقد توهم المشترى أنه مالك للمبيع، وإما لغلط فى المبيع، فقد توهم المشترى أنه مملوك للبائع. ومقتضى هذا الرأى أن بيع ملك الغير لايكون قابلا للإبطال إلا إذا كان المشترى حسن النية – قد وقع فى غلط عند تعاقده مع البائع حيث اعتقد أن هذا الأخير مالك المبيع – أما إذا كان يعلم بأن البائع له غير مالك فليس هناك غلط وقع فيه مما يعنى أن ليس له الحق فى طلب إبطال البيع[٢].

وقد أخذ على هذا الرأى، أنه يتعارض مع نصوص القانون المدنى المصرى المنظمة لأحكام بيع ملك الغير فهى – كما سبق القول – لم تشترط لبطلان بيع ملك الغير أن يكون المشترى حسن النية حتى تجوز له المطالبة بإبطال البيع، فالمشرع المصرى لم يشترط حسن النية فى المشترى إلا فيما يتعلق باستحقاقه للتعويض، إذ تقول المادة ٤٦٨ مدنى : «إذا حكم للمشترى بإبطال البيع وكان يجهل أن البيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية[٣]».

يضاف إلى ذلك أن العقد القابل للإبطال، أو الباطل بطلانا نسبيا لاتصححه الإجازة إلا ممن تقرر الإبطال لمصلحته وكان طرفا فى العقد، بينما فى بيع ملك الغير يصبح العقد صحيحا فى حق المشترى إذا أقره المالك الحقيقى مع أن هذا الأخير ليس

---

(١) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع ص٨٤، ٨٥ فقرة ٥٥ ، سابق. وفى نفس المعنى د. عبد الرزاق السنهورى الوسيط جـ٤ ص٢٧٦ فقرة ١٥٥، سابق. د. عبد المنعم البدراوى الوجيز فى عقد البيع ص٤١٦، سابق. د. عبد الناصر توفيق العطار ، شرح أحكام البيع ص١٠٩، د. محمد على عمران، موجز البيع ص١١٤.

(٢) أشار إلى هذا الرأى د. عبد الرزاق السنهورى جـ٤ ص٢٧٧.

(٣) د. السنهورى، المرجع السابق، نفس الموضع، د. أنور سلطان ود. جلال العدوى،، الموجز فى العقود المسماة، الجزء الأول: البيع، ط ١٩٦٣م الناشر دار المعارف ص١٧٨، د. عبد المنعم البدراوى، الوجيز فى عقد البيع ٤١٦، ٤١٧.

طرفا فى العقد[1]. وكذلك الأمر:«إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد» م٢/٤٦٧ مدنى مصرى. وهذا أيضا سبب خارج عن العقد[2].

وأيضا الآثار المترتبة على بيع ملك الغير – وقد سبقت الإشارة إلى ذلك[3] – تختلف عن تلك الآثار التى ترتبها القواعد العامة على العقود القابلة للإبطال «البطلان النسبى»، فوفقا للقواعد العامة فى البطلان فإن العقد، البـــــاطل نسبيا ينتج جميع آثاره حتى يتقرر إبطاله فيزول بأثر رجعى، وإذا أجازه من تقرر الإبطال لمصلحته فإنه يتأكد ويستمر فى إنتاج آثاره دون أن يتوقف ذلك على إرادة أحد غير من تقرر البطلان لمصلحته، أما بيع ملك الغير فإنه لاتترتب عليه جميع آثاره فأهم أثر وهو نقل الملكية إلى المشترى لايتم إلا بإقرار المالك الحقيقى ولو أجاز المشترى العقد[4].

ولما كان من غير الممكن إرجاع البطلان فى بيع ملك الغير إلى القواعد العامة فى البطلان، إذ هو كما تبين لنا ليس باطلا بطلانا مطلقا ولاباطلا بطلانا نسبيا لاختلاف الأحكام والآثار، فقد ذهب أستاذنا الدكتور جميل الشرقاوى إلى القول بأن بيع ملك الغير إنما هو قابل للفسخ وليس للبطلان، أى أنه يقع صحيحا فإذا لم ينفذ البائع التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشترى كان لهذا الأخير أن يطلب فسخ البيع «ذلك أن تكييف نظام معين يجب ألا يؤخذ من تسميته بل ينظر فيه إلى القواعد التى تحكمه، والنظر إلى قواعد بطلان بيع ملك الغير تتجه به بلا أدنى تردد إلى نطاق نظرية الفسخ، ولذا يجب أن نكيفه كذلك... والقانون المصرى إذ نظم ما سماه بطلان بيع ملك الغير فى المادة ٤٦٦ لم ينظم فى الواقع إلا الفسخ لعدم تنفيذ بيع ملك

---

(١) د. عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق ص١١٠.

(٢) د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص٨٦.

(٣) ينظر ص ٢٤٩ وما بعدها من هذا البحث.

(٤) د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق ص٨٦.

الغير[١]».

وقد أخذ على هذا الرأى أنه يعارض تعارضا صريحا... مع نص التقنين المصرى فالمادة ٤٦٦ مدنى تنص على البطلان والبطلان شئ غير الفسخ[٢]».

«وهناك رأى آخر يذهب إلى أن بيع ملك الغير هو عقد موقوف على النحو المعروف في الفقه الإسلامي، قال بهذا الرأى الأستاذ الدكتور شفيق شحاته فى كتابه «النظرية العامة للتأمين العينى الجزء الأول فقرة ٩٢». إذ كتب مايأتى :«وقد تضاربت آراء الشراح فى طبيعة البطلان الذى يلحق ببيع ملك الغير، على أن الرأى الصحيح هو أن بيع ملك الغير هو بيع غير نافذ فى حق المالك، وعدم نفاذ العقد الناقل للملكية يجعله كذلك عديم الأثر فيما بين المتعاقدين، وليس ذلك معناه أن العقد باطل بطلانا مطلقا أو نسبيا، فالعقد يعتبر فى هذه الصورة عقدا موقوفا، والعقد الموقوف يتوقف أثره على الاقرار الصادر من المالك، فإذا أقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك، وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الأثر كما كان».

ويؤخذ على هذا الرأى مايأتى :

أولا : لو كان بيع ملك الغير عقدا موقوفا، لما أنتج أثره قبل أن يجيزه المالك الحقيقى، كما تقضى بذلك أحكام الفقه الإسلامى، ولكن بيع ملك الغير ينتج أثره فى الحال، شأنه شأن أى عقد قابل للإبطال، ولايبطل إلا إذا طلب المشترى إبطاله. ثم إن المشترى يملك الإجازة، والعقد الموقوف فى الفقه الإسلامى لا يجيزه إلا المالك الحقيقى.

ثانيا : نظرية العقد الموقوف إذا أمكن الأخذ بها فى القانون المصرى عن الفقه الإسلامى باعتباره مصدرا من مصادر هذا القانون (م١/٢ مدنى)، فذلك لايكون إلا

---

(١) د. جميل الشرقاوى ، نظرية بطلان التصرف القانونى فى القانون المدنى المصرى ط ١٩٩٣، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة ص٢٨١.

(٢) د. السنهورى الوسيط جـ٤ ص٢٧٦ فقرة ١٥٥، سابق ونفس المعنى د. عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق ص٤١٥ فقرة ٢٨٦.

حيث لايوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، ولذلك قد يصح الأخذ بها فى مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة، فيكون تعاقده موقوفا على إجازة الموكل، إذ لانص يمنع من الأخذ بها، أما هنا فيوجد نص تشريعى صريح يجعل بيع ملك الغير عقدا قابلا للإبطال لاعقدا موقوفا، فيجب فى هذه الحالة إعمال النص الصريح[١]».

بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا بحكم القانون:

وإزاء هذه الآراء المختلفة وغيرها مما لم نذكره، استقر جمهور فقهاء القانون المدنى المصرى[٢] على أن البطلان فى بيع ملك الغير غير مستمد من القواعد العامة ولكنه نشأ من نص تشريعى خاص[٣] هو نص المادة ٤٦٦ مدنى مصرى ووجه الخصوصية فى بطلان بيع ملك الغير ظاهرة، فالعقد لايكون قابلا للإبطال وفقا للقواعد العامة فى القانون إلا لنقص أهلية أى من المتعاقدين أو لعيب من عيوب الإرادة المنصوص عليها فى القانون "الغلط، والتدليس، الإكراه،والاستغلال" ولايمكن القول بتوفر أى من هذه العيوب متى كان البيع واردا على ملك الغير[٤]

يقول الأستاذ الدكتور السنهورى رحمه الله بعد أن عرض للأصل التاريخى

---

(١) د. السنهورى، الوسيط ، جـ٤ ص٢٨٠، ٢٨١، فقرة ١٥٧.

(٢) د. السنهورى، الوسيط جـ٤ ص٢٨٢-٢٨٤، والمراجع التى أشار إليها فى هامش رقم ١ من هذه الصفحة الأخيرة، د. عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق ٤١٧. فقرة ٢٨٧. د. محمد لبيب شنب، ص٨٦، السابق، د. أنور سلطان ود. جلال العدوى، المرجع السابق ص١٧٨، د. محمد على عمران ص١٩٨ ومابعدها .

(٣) جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى « ... والبطلان هنا خاص أنشأه النص» مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى جـ٤ ص١٩٢ .

(٤) د. محمد على عمران، المرجع السابق نفس الموضع.

لبطلان بيع ملك الغير[1] «... والواقع من الأمر أن البطلان هنا خاص بالبيع، أنشأه نص تشريعى خاص، لعلة معقولة هى منافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع. ومن ثم كانت قواعد هذا البطلان تختلف فى بعض النواحى عن القواعد العامة فى البطلان. من ذلك أن بيع ملك الغير يجيزه المالك الحقيقى، وينقلب صحيحا إذا أصبح البائع مالكا للمبيع، مع أن العقد القابل للإبطال لاينقلب صحيحا إلا إذا أجازه العاقد الذى تقرر البطلان لمصلحته وهو هنا المشترى، فلابد إذن من القول بأن بطلان بيع ملك الغير بطلان خاص بعقد البيع لايستمد من القواعد العامة وقد أنشأه نص تشريعى صريح واستند فى إنشائه إلى علة معقولة[2]».

ولكن ماهى الآثار التى تترتب على بيع ملك الغير وفقا لتكييفه هذا وذلك فيما بين طرفيه وبالنسبة إلى المالك الحقيقى؟

---

(١) «كان بيع ملك الغير فى القانون الرومانى صحيحا، لأن البيع فى هذا القانون لم يكن من طبيعته نقل الملكية، بل كل ماكان يلتزم به البائع هو أن ينقل حيازة المبيع إلى المشترى وأن يضمن له دوام هذه الحيازة دون تعرض من أحد. وغير المالك قد يستطيع أن يقوم بذلك، ومن ثم كان بيعه صحيحا، وكان يترتب على ذلك أن المشترى لشئ غير مملوك للبائع لايستطيع أن يرفع دعوى ضمان على البائع إلا إذا تعرض له المالك الحقيقى، فيبقى قبل هذا التعرض مهددا دون أن يستطيع شيئا قبل البائع، واستمرت الحال على ذلك فى القانون الفرنسى القديم، رغما من أن البيع أخذ يتدرج فى طبيعته إلى عقد ناقل للملكية ، ثم لما قرر التقنين المدنى الفرنسى، ومن بعده التقنين المدنى المصرى القديم والجديد، بعبارة حاسمة أن البيع ينقل الملكية، أصبح بيع ملك الغير منافيا لطبيعة عقد البيع، فنص المشرع على جعل هذا البيع قابلا للإبطال لحماية المشترى فيستطيع هذا، قبل أن يتعرض له المالك الحقيقى أن يبادئ البائع بطلب إبطال البيع، فلا يبقى مكتوف اليدين ينتظر تعرض المالك الحقيقى حتى يتمكن من تصحيح موقفه، فالعلة إذن فى كون بيع ملك الغير قابلا للإبطال هى منافاة هذا العقد لطبيعة البيع، ولكن العلة وحدها لاتكفى، فمنافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع قد تكون علة معقولة للبطلان، ولكن ليس فى القواعد العامة مايجعل منها سببا لإبطال العقد، فسبب إبطال العقد وفقا للقواعد العامة ليس إلا نقص الأهلية أو عيبا من عيوب الرضا، لذلك كان لابد من نص خاص ينشئ بطلان بيع ملك الغير، ويستند إلى العلة المعقولة التى قدمناها وقد وجد هذا النص، فهو نص منشئ للبطلان لا كاشف عنه.» الوسيط جـ٤ ص٢٨٢، ٢٨٣.

(٢) د. السهنورى، الوسيط، جـ٤ ص ٢٨٣.

أ - فيما بين المتعاقدين «البائع والمشترى».

عرفنا فيما سبق [١] أن المشترى وحده - ولو كان سئ النية يعلم بأن البائع له غير مالك - هو الذى له الحق فى طلب إبطال البيع طبقا للمادة ١/٤٦٦ مدنى، وهو يفعل ذلك إما عن طريق دعوى يرفعها على البائع ليسترد منه الثمن، أو ليستبق ضمان الاستحقاق إذ إن له الحق فى رفع هذه الدعوى ولو لم يتعرض له المالك الحقيقى. وإما عن طريق دفع يدفع به دعوى البائع إذا طالبه بالثمن.

أما البائع فليس له الحق فى طلب إبطال البيع تأسيسا على الأحكام الخاصة ببيع ملك الغير ولو كان حسن النية - لم يكن عالما أنه غير مالك للشئ المبيع - لأن هذه الأحكام لم تقرر البطلان لمصلحته وإنما لمصلحة المشترى م٤٦٦/أ مدنى مصرى[٢].

على أن هناك من الفقهاء من يرى « أنه إذا توفرت فى البائع فى هذا الفرض - أى فرض ما إذا كان حسن النية - شروط التمسك بالغلط كان له طلب إبطال البيع على هذا الأساس لا على أساس وروده على ملك غيره[٣]». «بل يذهب بعض الفقهاء إلى أن للبائع ولو كان سئ النية أن يدفع بعدم تسليم المبيع إذا كان لم يسلمه إلى المشترى لأن إجبار البائع على تسليم المبيع وهو ليس بمالكه فيه إكراه له على أن يعتدى على ملك الغير[٤]».

وإذا حكم للمشترى بالبطلان وجب طبقا للقواعة العامة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها وقت العقد م١/١٤٢ مدنى، فيجب على المشترى رد المبيع إذا

---

(١) ينظر ص٢٤٩ من هذا البحث .

(٢) د. السنهورى، الوسيط جـ٤ ص٢٨٨ ومابعدها فقرة ١٦١ سابق د. محمد على عمران، موجز البيع ص١١١ فقرة ٤٤.

(٣) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع ص٧٦ فقرة ٥١ .

(٤) أشار إلى هذا الرأى، د. السنهورى، الوسيط جـ٤ ص٢٩٠ الهامش رقم ٢.

كان قد تسلمه ويجب على البائع أن يرد الثمن، وإذا كان المشترى حسن النية يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع كان له أن يطالب البائع بتعويضه عما لحقه من خسارة وماضاع عليه من كسب ولو كان البائع حسن النية م٤٦٨ مدنى. أما إذا كان المشترى سئ النية فليس له إلا أن يسترد الثمن دون أى تعويض[1].

وقد رأى بعض الفقهاء أن فى إلزام البائع حسن النية بتعويض المشترى بعد إبطال العقد عما أصابه من ضرر نوعا من التشدد الذى لامبرر له، ذلك أن العقد وقد أبطل فإن مسئولية البائع بتعويض المشترى إنما تكون على أساس المسئولية التقصيرية «وهى تلزم المسئول (وهو البائع) بتعويض الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة، سواء أكان حسن النية أم سئ النية، وكان المفروض أن ينص القانون على عدم إلزام البائع بالتعويض إذا كان حسن النية بأن كان يعتقد أنه مالك للمبيع وكان اعتقاده مبنيا على مايقتضيه مسلك الشخص العادى[2]».

ذلك هو الأثر المترتب على تمسك المشترى بالبطلان، ولكن ماهو الحكم لو أن المشترى لم يطلب البطلان وإنما بدلا من ذلك أجاز العقد؟

إذا أجيز العقد من قبل المشترى فإنه يصبح صحيحا فيما بينه وبين البائع ويظل مستمرا فى إنتاج آثاره فيما عدا نقل ملكية المبيع، لأن هذه الملكية من حق المالك الحقيقى وهى لاتنتقل منه إلا برضائه.

ولما كان البائع لايستطيع أن ينقل ملكية المبيع إلى المشترى لأنه لايملكه فإنه ليس أمام هذا الأخير وقد أجاز العقد إلا أن يطالب بفسخ البيع أو الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق إذا تعرض له المالك الحقيقى. أما الحق فى طلب الإبطال فإنه يسقط بطلب الإجازة، ذلك أن القاعدة العامة تقضى: «بأن حق إبطال العقد يزول

---

(١) د . السنهوري، المرجع السابق، ص٢٩١.

(٢) د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام البيع ص١٠٥ هامش رقم ٢٠، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق ص٨١.

بإجازة من تقرر الإبطال لمصلحته» م١/١٣٩ مدنى[1].

ب – بالنسبة إلى المالك الحقيقى :

الأصل أن البيع الوارد على شئ مملوك للغير لايرتب أى أثر فى مواجهة المالك الحقيقى إلا إذا أقره[2]. أما إذا لم يقره فإن العقد لايسرى فى مواجهته لكونه أجنبيا عنه، حتى إذا أصبح العقد صحيحا بإجازة المشترى فالإجازة وإن نفذت فى حق المجيز إلا أنه ليس من شأنها أن تجعل للعقد أثرا فى مواجهة الغير[3]، وهذا هو ماصرحت به الفقرة الثانية من المادة ٤٦٦ بقولها: «وفى كل حال لايسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشترى العقد»[4].

أ – الآثار المترتبة على إقرار المالك العقد:

يترتب على إقرار المالك البيع جملة من الآثار يمكن إجمالها فى الآتى :

١– يصبح العقد نافذا فى حق المالك الحقيقى ابتداء من تاريخ صدور الاقرار لا من تاريخ العقد، وحينئذ يلتزم المالك باحترام البيع فلا يجوز له أن يطالب باسترداد المبيع أو أن يتعرض للمشترى فى انتفاعه، لأن الاقرار من شأنه أن ينقل الملكية من المالك الحقيقى «المقر» إلى المشترى.

٢– يصبح العقد صحيحا فى حق المشترى ويسقط حق هذا الأخير فى المطالبة بإبطال البيع لزوال ما كان يخشاه من تعرض المالك الحقيقى له إلا إذا كان المشترى

---

(١) د. السنهورى، الوسيط جـ٤ ص٢٩٣، ٢٩٤، فقرة ١٦٢. د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق ص٧٧ فقرة ٥٢.

(٢) تنص المادة ١/٤٦٧ مدنى على أنه: «إذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحا فى حق المشترى».

(٣) د. عبد المنعم البدراوى الوجيز فى عقد البيع ص٤٢٠ فقرة ٢٩١.

(٤) جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى مايأتى : «ميز المشروع تمييزا دقيقا بين حكم بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين وهو البطلان، وحكمه بالنسبه إلى المالك الحقيقى وهو عدم سريان العقد فى حقه و[illegible]جازه المشترى » مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى جـ٤ ص١٩٢.

فلا يرجع عليه بتعويض، بل لايرجع عليه بالثمار، لأن المشترى حسن النية يتملك الثمار بالحيازة، وفى هذه الحالة يكون رجوع المالك على البائع بالتعويض وبقيمة الثمار التى تملكها المشترى باعتباره حائزا حسن النية.

وإذا تمكن المالك الحقيقى من استرداد المبيع من تحت يد المشترى كان لهذا الأخير الرجوع على البائع إما بضمان الاستحقاق أو بدعوى الفسخ أو بدعوى الإبطال[1].

هذا مع ملاحظة أن حق المالك فى استرداد المبيع من تحت يد المشترى ليس مطلقا فهناك حالات يمتنع على المالك فيها الاسترداد، فالمشترى قد يتملك المبيع لا بعقد البيع وإنما بسبب آخر من أسباب كسب الملكية «فهو إذا كان حسن النية يكسب المنقول بالحيازة، ويكسب العقار بالتقادم القصير. وإذا كان سئ النية يكسب كلا من المنقول والعقار بالتقادم الطويل. فإذا ما كسب المشترى ملكية المبيع بالحيازة أو بالتقادم، لم يستطع المالك الحقيقى أن يسترده منه[2]».

ويضيف البعض حالة ما إذا كان البائع لملك الغير وارثا ظاهرا[3] «فإنه يترتب على مايقتضيه استقرار المعاملات من حماية الغير حسن النية أن يكون عقد البيع نافذا فى مواجهة الوارث الحقيقى[4]».

وفى جميع الحالات المشار إليها يكون للمالك الحق فى الرجوع على البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب خروج المبيع من يده ومصدر التعويض هنا هو خطأ البائع، فقد تسبب فى الإضرار بالمالك الحقيقى ببيعه شيئا مملوكا لهذا الأخير

---

(١) د. السنهورى، الوسيط جـ٤ ص٢٩١ فقرة ١٦٥.

(٢) د. السنهورى، المرجع السابق ص٢٩٦، ٢٩٧، د. البدراوى، المرجع السابق ص١٢٢.

(٣) الوارث الظاهر هو من يضع يده على أعيان التركة باعتباره وارثا ويبدو للناس أنه كذلك، ثم يتضح فيما بعد أنه غير وارث وأن للتركة وارثا آخر يحجبه عن الإرث.

(٤) د. أنور سلطان ود. جلال العدوى، المرجع السابق ص١٧٦، ١٧٧.

خاصة إذا كان البائع سيئ النية فإنه يكون فى هذه الحالة مغتصبا[1].

ثانيا : إيجار ملك الغير :

١ - حكم الإيجار فيما بين طرفيه :

يذهب جمهور فقهاء القانون المدنى المصرى - فى ظل عدم وجود نص قانونى يبين حكم تأجير ملك الغير - إلى أن هذا الإيجار ينعقد صحيحا فيما بين طرفيه استنادا إلى القواعد العامة[2].

وهذا بخلاف ما هو مقرر فى بيع ملك الغير الذى عرفنا آنفا أنه يقع قابلا للإبطال لمصلحة المشترى، وأن البطلان فيه غير مستمد من القواعد العامة وإنما هو مقرر بنص تشريعى خاص.

وهنا تحسن الإشارة إلى أنه لايمكن التسليم بالرأى القائل بأن إيجار ملك الغير يقع باطلا قياسا على بطلان بيع ملك الغير، لأن هذا قياس مع الفارق، فإيجار ملك الغير ينصرف إلى التزام شخصى بعمل يقوم به المؤجر - هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة - فى حين ينصرف بيع ملك الغير إلى نقل الملكية لذلك كان باطلا، لأن غير المالك لايملك[3].

---

(١) د. السنهورى، المرجع السابق، ص٢٩٧.

(٢) د. السنهورى الوسيط جـ٦ ص٦٧ فقرة ٥٤، سابق د. سليمان مرقس، الوافى فى شرح القانون المدنى جـ٣ فى العقود المسماة المجلد الثانى عقد الإيجار طـ٤ ص١٠٤ فقرة ٦٤. د. عبد الفتاح عبد الباقى عقد الإيجار، الأحكام العامة الجزء الأول، ط دار الكتاب العربى بمصر، فقرة ٦٠ ص ٩٣. أستاذنا الدكتور/ حمدى عبد الرحمن شرح قوانين إيجار الأماكن ط الأولى ١٩٨٢م دار النهضة العربية ص١٠١. د. عبد الرازق حسن فرج، عقد الإيجار فى القانون المدنى وقانون إيجار الأماكن ط ١٣٩٩هـ ١٩٧٩م ص١١١ فقرة ٥٥ د. منصور مصطفى منصور، عقد الإيجار، الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة ص١١٧ فقرة ٩٣. ومعلوم أن القواعد العامة تقضى بأن التصرف فى ملك الغير يقع صحيحا فيما بين المتعاقدين، فإذا لم يستطع من تصرف فى ملك غيره الوفاء بالتزامه كان للمتعاقد الآخر أن يطلب الفسخ. فى هذا المعنى د. عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق ص٩٢.

(٣) إشار إلى هذا الرأى ونقده استاذنا د. حمدى عبد الرحمن المرجع السابق ص١٠١ وايضا د. عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق ص٩١ .

ولما كان إيجار ملك الغير ينعقد صحيحا فيما بين طرفيه فإنه تترتب عليه جميع آثاره فيما بينهما، فيلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، وإذا تسنى للمؤجر تنفيذ التزامه هذا سواء لأنه تمكن من اكتساب ملكية الشئ المؤجر أو لأنه استطاع إقناع المالك بعدم التعرض للمستأجر طوال مدة الإيجار، فإن على المستأجر تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد ولايحق له المطالبة بالفسخ لمجرد أن المؤجر غير مالك.

غير أن هناك حالتين يجوز فيهما للمستأجر أن يطلب فسخ العقد ولو كان المؤجر قد نفذ التزاماته، وهما:

«أ - إذا كانت ملكية المؤجر للمال صفة جوهرية بالنسبة إلى المستأجر كما لو خصص المكان لغرض يقتضى الانتفاع به مدة طويلة مع إقامة منشآت تتكلف الكثير، ففى هذه الحالة لايستقيم بقاء المستأجر حسن النية فى العين تحت وطأة التهديد بطرده من جانب المالك الحقيقى.

ب- إذا تبين للمستأجر أن المؤجر مغامر يتعامل فى أموال الغير بطرق غير مشروعة ففى هذه الحالة لايجوز أن يجبر المستأجر على الاشتراك فى هذا الغش[1]».

وإذا تم فسخ العقد لهذين السببين أو لأن المؤجر لم يستطع الوفاء بالتزامه، بأن تعرض المالك الحقيقى للمستأجر واسترد منه العين فإن لهذا الأخير إذا كان حسن النية الحق فى أن يرجع على المؤجر بالتعويض عن الأضرار المترتبة على الفسخ وذلك بلا خلاف بين الفقهاء سواء كان المؤجر حسن النية أو سيئها.

ولكن إذا كان المستأجر سئ النية - يعلم بعدم ملكية المؤجر للعين المؤجرة- فهل يحق له أن يطالب المؤجر بالتعويض؟

اختلف الفقهاء، فمنهم من يرى أن المستأجر سئ النية ليس له الحق فى أى

---

(١) أستاذنا د. حمدى عبد الرحمن، المرجع السابق ص١٠٢، ١٠٣. د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام الإيجار فى التقنين المدنى وتشريعات إيجار الأماكن ط٢ ص١٢٢. د. عبد الرازق حسن فرج، المرجع السابق ص١١١ فقره ٥٥.

تعويض إذا كان المؤجر سئ النية مثله[١]. «لأن إقدامه على الاستئجار من غير ذى صفة مع علمه بذلك، هو الذى أدى إلى وقوع الضرر به فضلا عن أنه مجازفة ينبغى أن يتحمل أضرارها[٢]». وهذا الرأى هو مانميل إليه.

ويذهب رأى آخر إلى أن المستأجر يحق له المطالبة بالتعويض سواء كان حسن النية أو سئ النية على أساس أن ذلك «هو الذى يتفق وقواعد المسئولية، فعلم المستأجر لايمكن أن يؤثر على ركن الضرر، كما أنه لاينفى خطأ المؤجر[٣]» ولايهم عند القائلين بهذا الرأى حسن نية المؤجر أو سوءها.

وأخيرا ذهب الدكتور سليمان مرقس إلى «التفرقة فيما يتعلق باستحقاق المستأجر الذى يعلم بعدم ملكية المؤجر العين المؤجرة تعويضا عن الفسخ، بين حالة سوء نية المؤجر وحالة حسن نيته، فيستحق هذا المستأجر التعويض عن الفسخ فى الحالة الأولى دون الثانية[٤]».

٢ - حكم إيجار ملك الغير بالنسبة إلى المالك الحقيقى.

المؤجر لملك غيره «إما أن يكون مالكا فى الشيوع وجاوز الحدود المقررة، وإما حائزا للعين المؤجرة، أو غير حائز[٥]» ويهمنا فى موضوعنا إيجار الحائز، وهذا إما أن يكون حسن النية وإما سئ النية - كالغاصب مثلا - .

وقد عرفنا حكم الإيجار فيما بين طرفيه حيث ينعقد صحيحا منتجا لآثاره.

أما بالنسبة إلى المالك الحقيقى فهو أجنبى عن العقد ولذلك فالإيجار غير نافذ

---

(١) د. السنهورى، الوسيط جـ٦ ص٦٨ هامش رقم ٣ سابق د. عبد الفتاح عبد الباقى، ص٩٢ فقرة ٦٠ المرجع السابق، د. عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ص١٢٢ فقرة ٥٥.

(٢) د. عبد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ص١٢٢ فقرة ٥٧.

(٣) أشار إلى هذا الرأى وأيده الدكتور منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص١١٨، فقرة ٩٢.

(٤) د. سليمان مرقس المرجع السابق ص١٠٧ فقرة ٦٤.

(٥) د. السنهورى الوسيط جـ٦ ص٥٩ فقرة ٥١.

فى مواجهته مالم يقره، فالقاعدة أن العقود لاتنفع ولاتضر غير عاقديها وخلفائهم.

وهذا الحكم لاخلاف عليه بين الفقهاء إذا كان المؤجر غير حائز، إذ يستطيع المالك إذا لم يقر العقد : أن يسترد العين المؤجرة من تحت يد المستأجر ولو كان هذا الأخير حسن النية[1]، وله أن يؤجرها إلى شخص آخر فيفضل هذا الأخير على المستأجر من غير المالك ولايستطيع المستأجر من غير المالك أن يطلب المفاضلة بينه وبين المستأجر من المالك، لأن هذه المفاضلة لاتكون طبقا للمادة ٥٧٣ مدنى إلا حيث يتعدد المستأجرون من المالك.

وللمالك الرجوع بقيمة ثمار العين ومنافعها إما على المؤجر باعتبار أنه قد أثرى على حسابه أو لأنه قد تسبب فى الإضرار به من جراء اعتدائه على ملكه وتأجيره إلى الغير وفوت بذلك عليه منافعه. وإما على المستأجر، لأن هذا يعتبر ، فى حالة عدم اقرار العقد، غاصبا للعين قبل المالك[2]، إلا إذا استطاع أن يثبت أنه كان حسن النية وأنه لذلك قد تملك الثمار بقبضها طبقا للمادة ٩٧٨ مدنى.

أما إذا أقر المالك الحقيقى الإيجار فيصبح نافذا فى حقه ويحل محل المؤجر فى حقوقه والتزاماته[3].

أما إذا كان المؤجر حائزا للعين التى أجرها فقد اختلف الفقه حول نفاذ

---

(١) د. السنهورى المرجع السابق ص٦٦ مع الهامش رقم ٢.

(٢) قضت محكمة النقض المصرية بأن المستأجر يعتبر إزاء مالك العين غاصبا إياها مالم يجز الإجارة صاحب الحق فى التأجير سواء كان هو المالك أو صاحب الحق فى المنفعة. نقض مدنى ٢٧ ديسمبر ١٩٨٤م مجموعة أحكام النقض ٣٥-٢٢٦٣، مشار إليه مع أحكام أخرى لدى الدكتور سليمان مرقس فى الوافى جـ٣ المجلد الثانى، عقد الإيجار فى الملحق ص١٠.

(٣) فى كل ذلك د. السنهورى، الوسيط جـ٦ ص٦٧-٦٩ فقرة ٥٤، سابق د. سليمان مرقس، المرجع السابق ص١٠٧ ومابعدها فقرة ٦٥، د. عبد الناصر العطار، ص١٢٢ فقرة ٥٧. د. عبد الفتاح عبد الباقى ص٩٤ فقرة ٦١، المرجع السابق، د. عبد الرازق فرج، ص١١٣ فقرة ٥٦، السابق د. منصور مصطفى منصور ص١١٨، ١١٩.

الإيجار فى مواجهة المالك الحقيقى.

فالدكتور السنهورى يرى أن الإيجار الذى يبرمه الحائز للعين المملوكة للغير يعتبر نافذا فى حق المالك الحقيقى سواء كان هذا الحائز وارثا ظاهرا أو غير وارث، حائزا حسن النية، أو سئ النية، فالمهم هو أن يكون المستأجر حسن النية وأن يكون الإيجار ثابت التاريخ قبل ظهور المالك الحقيقى[١]. وذلك على أساس «أن المستأجر حسن النية إذا استأجر من حائز، قامت الحيازة عذرا فى حسن نيته فينفذ الإيجار فى حق المالك الحقيقى لأنه مقصر بتركه حيازة ملكه[٢]».

ويتفق مع هذا الرأى من حيث المبدأ بعض الفقهاء، وإن كانوا يختلفون معه فى الأساس الذى يقوم عليه.

فالدكتور منصور مصطفى منصور يرى نفاذ إيجار الوارث الظاهر فى حق المالك الحقيقى ولكن قياسا على الحكم التشريعى الخاص بنفاذ الإيجار الصادر من المالك تحت شرط فاسخ[٣]، إذا تحقق هذا الشرط، وهو ماتضمنته الفقرة الثانية من المادة٢٦٩ مدنى بقولها: «على أن أعمال الإدارة التى تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم

---

(١) الوسيط، جـ٦، ص٦٥ فقرة ٥٢ مع الهامش رقم ٤.

(٢) د. السنهورى، المرجع السابق ص٦٦ مع الهامشين ١، ٢.

(٣) عقد الإيجار ص١٢٢ فقرة ٩٥، وهو ماذهب اليه الدكتور سليمان مرقس حيث قال «... إذا كان لابد من التسليم بنفاذ الإجارات الصادرة من الوارث الظاهر فلا سبيل إلى تعليل ذلك إلا برغبة المشرع فى تشجيع استغلال الأموال التى غفل عنها الوارث الحقيقى وفى حماية المتعاقدين على هذا الاستغلال متى كانا كلاهما حسن النية قياسا على رغبة المشرع فى استقرار أعمال الإدارة التى تصدر من المالك تحت شرط فاسخ» الوافى الجزء ٣ المجلد الثانى عقد الإيجار ص١١٨ فقرة ٦٨. ويتفق مع هذا الرأى أستاذنا الدكتور حمدى عبد الرحمن ولكنه يضيف أساساً آخر هو «الاستناد إلى حماية المستأجر عملا على استقرار المعاملات فى الأوضاع الظاهرة» شرح قوانين إيجار الأماكن ص١٠٦ فقرة ٤٧.

تحقق الشرط»[١]

أما بالنسبة إلى الإيجار الصادر من الحائز غير الوارث الظاهر، فهو يتفق مع ماذهب إليه الدكتور السنهورى حيث يقول «ونرى أن الإيجار ينفذ فى حق المالك حتى ولو كان الحائز سئ النية، لأن الغرض من نفاذ الإيجار هو حماية حسن نية المستأجر[٢]».

ويتفق مع الفقيهين، الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى فى نفاذ إيجار الوارث الظاهر فى حق المالك الحقيقى ولكنه يستند فى ذلك إلى القاعدة المعروفه «الغلط الشائع يولد الحق التى عبر عنها بقوله «.... إن المستأجر معذور إذا وقع فى الغلط الذى وقع فيه غيره من الناس[٣]». ولكنه يختلف معهما فيما يتعلق بنفاذ إيجار الحائز غير الوارث فى حق المالك الحقيقى، فعنده أن إيجار الحائز لملك غيره لاينفذ فى حق المالك الحقيقى حتى إذا كان هذا الحائز حسن النية. ونتفق معه فى أن القول بخلاف هذا «لايستند إلى قاعدة من قواعد القانون، كما أن الصالح العام لايقتضى التضحية بمصلحة المالك فى سبيل مصلحة المستأجر لمجرد أن المؤجر كان واضعا يده على العين ولو كان وضع يده هذا بحسن نية[٤]».

أما الدكتور سليمان مرقس فيفرق بين الحائز حسن النية والحائز سئ النية فعنده أن إجارة الأول دون الثانى تكون نافذة فى حق المالك الحقيقى «مثل إجارة الوارث الظاهر وقياسا على أعمال الإدارة الصادرة من المالك تحت شرط فاسخ، بناء

---

(١) وكان النص الفقرة الأولى من المادة المشار إليها كما يأتى «يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام ويكون الدائن ملزما برد ما أخذه ، فإذا استحال الرد بسبب هو مسئول عنه وجب عليه التعويض».

(٢) د. منصور مصطفى منصور، عقد الإيجار، ص ١٢٣.

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقى عقد الإيجار، الأحكام العامة، الجزء الأول ، ص٩٤ فقرة ٦١.

(٤) د. عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق ص٩٤ فى الهامش رقم ٢.

على رغبة المشرع فى كفالة استغلال الأموال المشكوك فى ملكيتها وفى حماية المتعاقدين على هذا الاستغلال متى كان كا[illegible]ما حسنى النية[1]».

ويرى الدكتور عبد الناصر توفيق العطار أن إيجار الحائز سواءأكان وارثا ظاهرا أو لم يكن، حسن النية أم سئ النية، لايكون نافذا فى حق المالك الحقيقى إلا إذا أقره هذا المالك[2].

وأمام هذا الخلاف الفقهى الذى نشأ بين الفقهاء، وسببه بلاشك، عدم وجود نص تشريعى يبين حكم تأجير ملك الغير وعدم وجود عرف أيضا، فقد ذهب الدكتور عبد المجيد محمود مطلوب إلى القول:«بأنه ليس هناك مايمنع من تطبيق ماورد فى الشريعة الإسلامية فى هذا الخصوص واعتبار إجارة ملك الغير موقوفة على إجازة المالك الحقيقى[3]».

ونحن نتفق مع هذا الرأى خاصة وأن له سند من القانون فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى مدنى مصرى على أنه «إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة» هذا من جهة. ومن جهة أخرى ليس فى القول بوقف العقد على إجازة المالك ضرر على أحد فإن أجازه نفذ وانتهى الأمر، وإن لم يجزه اعتبر الإيجار كأن لم يكن واستطاع المستأجر إذا كان حسن النية أن يرجع على المؤجر بتعويضه عما لحقه من ضرر وبما يكون قد

---

(١) د. سليمان مرقس ، عقد الإيجار ، المرجع السابق ص١١٩ فقرة ٦٩.

(٢) شرح أحكام الإيجار ص١٢٢.

(٣) د. عبد المجيد محمود مطلوب، الفضالة ص٥٨، المرجع السابق، وقد أخذ بهذا الذى يراه أستاذنا، المشرع اليمنى ومن قبله المشرع العراقى، أما المشرع اليمنى فقد وضع قاعدة عامة تقضى بأن تصرفات الغاصب موقوفة على إجازة المالك م ١١٣٩ ،مدنى يمنى. أما المشرع العراقى فقد نص فى المادة ٧٢٥ مدنى على الآتى : «تنعقد إجارة الفضولى موقوفة على إجازة المالك فإن كان هذا صغيرا أو محجورا وكانت الإجارة ليس فيها غبن فاحش إنعقدت إجارة الفضولى موقوفة على إجازة الولى».

دفعه من مقدم الأجرة، وهذا عكس القول بنفاذ إيجار ملك الغير فى حق المالك على الرغم منه خاصة عندما تكون العين المؤجرة قد خرجت من حيازة مالكها دون رضاه "بالغصب مثلا"، إذ يتضرر مثل هذا المالك مرتين مرة بسبب غصب ماله ومرة بسبب أنه يقف مكتوف اليدين لايستطيع أن يسترد ملكه من تحت حيازة المستأجر إلا بعد أن تنتهى مدة العقد الذى أبرمه الغاصب، وقد تكون هذه المدة طويلة فيكون ضرر المالك أكثر .

وأما قول الفقهاء – الذين يرون نفاذ إيجار الحائز فى حق المالك الحقيقى – بأن المالك له الرجوع على المؤجر بالتعويض عما أصابه من ضرر على أساس قواعد المسئولية التقصيرية وبالإجرة على أساس قواعد الإثراء بلا سبب، وأيضا حجز الأجرة تحت يد المستأجر[1]. كل هذا فى تقديرنا لايجبر ضرر المالك إذا كان فى حاجة إلى عين ملكه لا إلى إجرته. ولعل هذه الأسباب هى التى دعت البعض الآخر من الفقهاء ممن أشرنا اليهم آنفا[2] إلى رفض نفاذ إيجار الحائز فى حق المالك الحقيقى.

مقارنة وترجيح :

إذا كانت المقارنة فيما يتعلق بحكم تأجير ملك الغير قد انتهت بنا إلى ترجيح الأخذ بنظرية وقف التصرف المأخوذ بها لدى جمهور الفقه الإسلامى، فإنه لابد من عقد مقارنة أخرى بين هذه النظرية وبين جعل العقد قابلا للإبطال فى القانون المدنى

---

(١) د. السنهورى الوسيط جـ٦ ص٦٦ فى الهامش رقم ١، سابق، د. مرقس المرجع السابق ص١٢١ فقرة ٦٩.

(٢) يضاف إليهم أستاذنا د. حمدى عبد الرحمن، حيث ذهب إلى أنه يجب أخذ(قياس بعض الفقهاء إيجار الحائز الظاهر "حسن النية" على إيجار الوارث الظاهر للقول بنفاذه فى حق المالك الحقيقى حماية لحسن نية المستأجر) بشئ من الحذر ، لأن إيجار الوارث الظاهر قد أجيز نافذا فى حق المالك الحقيقى خروجا على مقتضى القواعد العامة، ينظر فى هذا شرح قوانين إيجار الأماكن ص١٠٧، ١٠٨ فقرة ٤٧، المرجع السابق.ولما كان أستاذنا يتحفظ على نفاذ إيجار الحائز حسن النية فى حق المالك الحقيقى فإن ذلك يعنى ومن باب أولى أن إيجار الحائز سئ النية يكون عنده غير نافذ فى حق المالك الحقيقى.

المصرى كما هو الحال فى بيع ملك الغير.

والواقع كما يقول الدكتور السنهورى «إذا قلنا: عقد الفضولى فى الفقه الإسلامى موقوف، فقد قلنا:كل شئ – فهو موقوف فى حق البائع وفى حق المشترى وفى حق المالك جميعا – أما إذا قلنا: بيع ملك الغير فى الفقه الغربى قابل للإبطال، وجب أن نقول إلى جانب ذلك أنه أيضا عقد غير سار فى حق المالك الحقيقى، فهو عقد قابل للإبطال فى حق المشترى وحده والمشترى هو الذى يملك إبطال العقد لأن البطلان تقرر لمصلحته هو، ولايملك البائع ذلك، ولما كان المشترى يملك إبطاله فإنه يملك أيضا اجازته وسواء أبطله أو أجازه فإنه لاينفذ فى حق المالك الحقيقى إلا إذا أجازه هذا المالك، فإذا ما أجازه فقد سرى فى حقه وصح فى حق المشترى فى وقت واحد، وفى هذا خروج على الصناعة القانونية، فإن المعهود فى العقد القابل للإبطال أن الذى يبطل أو يجيز هو وحده العاقد الذى تقرر البطلان لمصلحته، وهنا يملك غير العاقد – المالك – إجازة العقد فيصح فى حق المشترى نفسه[1]».

« ومن هنا كان الأخذ بفكرة العقد الموقوف أفضل كثيراً إذ تقرر وقف العقد فى حق طرفى العقد – البائع والمشترى– وفى حق المالك الحقيقى فى وقت واحد، وإجازة العقد تقتصر على المالك وحده، وهذا ما يجعل العقد الموقوف أكثر ملاءمةً ويجنبنا كثيراً من المشكلات والصعوبات"[2]».

ولذلك نقترح على المشرع المصرى عندما تسنح الفرصة لتعديل القانون المدنى، أن يأخذ بنظرية العقد الموقوف فى جميع التصرفات التى يجريها الشخص فى ملك غيره دون أذن أو ولاية[3].

---

(١) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، جـ٤ المجلد الثانى، ص ٢٠٦، ٢٠٧، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة.

(٢) أستاذنا الدكتور/ عبد المجيد محمود مطلوب، الفضالة. ص ٦٤.

(٣) وقد سبق أن نادى بذلك الدكتور/ عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، نفس الموضع.

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة موضوعات الباب الثاني – أركان الغصب – وهي المحل: حيث عرفنا أن الغصب لا يرد إلاّ على الأشياء المادية – عقارات ومنقولات–. والغاصب: حيث بحثنا التزامه بالرد وما يستتبعه من أحكام، ثم بينا حكم تصرفاته.

أما المغصوب منه فقد كانت الأحكام المتعلقه به متداخلة مع الأحكام المتعلقة بالغاصب إذ أن التزامات الغاصب – كما تبين لنا – ما هي إلاّ حقوق للمغصوب منه.

ويبقى أمامنا دراسة التزام الغاصب بالضمان وهو ما ننتقل إليه حالاً.

وفى تلف القيمى قيمته بأوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت الوفاء م ١١٥١ مدنى يمني.

وفى كيفية تقدير القيمة تقول المادة ١١٥٢ مدنى: «كل ما لا يتقوم وحده يقوم مع أصله ثم يقوم أصله بدونه فما بين القيمتين هو قيمته، ويجب الرجوع فى ذلك إلى خبراء عدول يعرفون حقيقه القيمة فى الحالتين»[1].

هذا مع ملاحظة أنه فى حالة القضاء بالمثل طبقا للمادة ١١٥٠ مدنى، نرى أنه يجب على القاضى فى حالة انخفاض قيمة المثلى وقت رده عن قيمته وقت غصبه أن يحكم على الغاصب بفارق السعر لأن الغاصب قد تسبب بغصبه للشئ وتلفه فى ضياع مكسب محقق على المالك، إذ كان بمقدور هذا حال ارتفاع السعر أن يبيع شيئه بالسعر المرتفع لو لم يحدث الغصب، وهذا الذى نراه يجد سنده فى القاعدة العامة التى نصت عليها المادة ٣٥٨ مدنى يمنى بقولها «.. ويكون التقدير على أساس ما لحق صاحب الحق من خسارة وما فاته من كسب محقق بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالحق أو للتأخر فى الوفاء به».

ثالثا - فى القانون المدنى المصرى :

لم يأت المشرع المصرى بنصوص خاصة تبين كيفية الضمان "التعويض" حال هلاك الشئ المغصوب أو تلفه، اكتفاء بالقواعد العامة.

والقاعدة العامة فى هذا القانون تقضى بأن «١- يعين القاضى طريقة التعويض تبعًا للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطًا كما يصح أن يكون إيراداً مرتبًا ويجوز فى هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينًا. ٢- ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضى تبعًا للظروف وبناء على طب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى اليمنى، جـ ٢ ص ٥٢٠ .

سبيل التعويض» م ١٧١ مدني مصرى".

ويستفاد من هذا «أن التعويض قد يكون عينًا وقد يكون نقداً، فمن التعويض العينى الحكم على من أتلف كتاباً بتسليم كتاب مماثل له، أو هدم الجدار الذى بناه المسئول عن التعويض... أما التعويض النقدى فهو مبلغ يقدره القاضى للمضرور»[1].

والتعويض العينى عن الفعل الضار هو الأصل ولا يصار إلى عوضه أى التعويض النقدى إلا إذا استحال التعويض عينا، هذا إذا لم يتفق الدائن والمدين على كيفية التعويض، أما إذا اتفقا على خلاف ذلك فالعمل على ما اتفقا عليه[2].

وبناء على ذلك يكون التعويض عينياً حال هلاك الشئ المغصوب أو تلفه متى كان الشئ مثلياً ذلك أن الاشياء المثلية لا تنقطع عن الأسواق غالبا وبمقدور المدين "الغاصب" أن يأتى بشئ من نفس النوع[3] الذى غصبه وهلك أو تلف بفعله أو بغير فعله، أما إذا كان الشئ قيميا وهلك أو أتلف فإن التعويض الواجب الزام الغاصب به هو مبلغ من النقود يقدره القاضى عادة طبقا للمادة ٢٢١ مدنى مصرى التى تنص على مايلى:-

«١- إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد أو بنص فى القانون فالقاضى هو الذى يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

---

(١) د. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، ص ٢٨٥ فقرة ١٦٨. سابق. ويلاحظ أن من ضمن الأمثلة التى ذكرها سيادته على التعويض العيني « رد الأرض المغتصبة أو رد الشئ المسروق» وفى تقديرنا أن الرد فى هذين المثالين لا يعتبر تعويضاً عينيا إنما تنفيذاً عينياً.

(٢) فى هذا المعنى، د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، جـ٢ ص ٧٦٢ فقرة ٤٠٩ مع الهامش رقم ١.

(٣) د. محمد على عمران، الحقوق العينية الأصلية، ص ٢٠.

٢ – ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدر العقد، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد».

وعلى أى حال فإلى هنا لم يختلف القانون المدنى المصرى وفقهه فيما يتعلق بكيفية التعويض الناشئ عن الغصب والإتلاف، مع ما هو مقرر عند جمهور الفقه الإسلامى وفى القانون المدنى اليمنى.

ولكن هناك نوع من التعويض أقر المشرع المصرى للمضرور المطالبة به، بينما هو فى الفقه الإسلامى غير جائز اصلاً، ألا وهو التعويض عن التأخر فى الوفاء بمبلغ من النقود سواء أكان مصدر الالتزام بدفع المبلغ هو الاتفاق أو العمل غير المشروع.

فالمضرور – المغصوب منه فى موضوعنا– له إلى جانب التعويض الأصلى أن يطب تعويضاً عن التأخير فى دفع التعويض يسرى من وقت وقوع الضرر إلى يوم النطق بالحكم[1]، وله أن يطلب بدعوى جديدة تعويضاً عن التأخير منذ صدور الحكم فيقضى له بالسعر القانونى للفوائد من وقت رفع الدعوى الجديدة[2] وذلك طبقاً للمادة ٢٢٦ مدنى مصرى التى تقول: «إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية، وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخاً آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره».

---

(١) د. السنهورى ، الوسيط، جـ١ ص ٩٦٢، ٩٦٣. وذلك على أساس أن الحق فى التعويض يترتب فى ذمة المسئول من يوم وقوع الضرر.

(٢) د. السنهورى المرجع السابق، ص ٩٦٣ هامش رقم ١ وأيضا الوسيط، جـ٢ ص ٨٨٢ وما بعدها، الفقرات ٥٠١ وما بعدها.

ولا شك أن القانون المدنى المصرى لو خلا من هذا النص ومن النص الذى يليه المتعلق بالفوائد التعويضية الربوية عن الانتفاع برؤوس الأموال[1] لكان متفقا مع الفقه الاسلامى، ومع ذلك فالآمال معقودة فى أن يبادر المشرع المصرى إلى الغاء هذه النصوص والاستعاضه عنها بنص يقضى بأن كل اتفاق على فائدة ربوية يعتبر باطلاً ولا يعمل به كما فعل نظيره اليمنى[2].

الخاتمــــة :

ذلك هو موضوع الغصب وآثاره، عرفنا من خلال دراسته فى الفقهين الإسلامى والوضعى ما يلى.

- كل استيلاء على شئ مادى للغير حق عليه بدون سبب مشروع هو من الناحية المدنية غصب

- منافع الأعيان المغصوبة، وكذلك الحقوق المتعلقة بالأعيان، كحقوق الارتفاق مثلاً، والحقوق المعنوية، كحق المؤلف، هى فى ذاتها ليست محلاً للغصب وإنما قيمتها

---

(١) تنص المادة ٢٢٧ من القانون المدنى المصرى على ما يلى: «١- يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر. ٢- وكل عمولة أو منفعة ، أيا كان نوعها، اشترطها الدائن إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة، وتكون قابلة للتخفيض، إذا ما ثبت أن هذه العمولة، أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة».

وتختلف الفوائد التعويضية عن الفوائد التأخيرية في أن الأولى يلتزم بها المدين في مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود يكون في ذمته للدائن، والمثل المألوف لها عقد القرض. أما الفوائد التأخيريه فهى ليست إلا تعويضاً عن التأخير في الوفاء بدين هو مبلغ من النقود. ينظر فى هذا د. السنهورى الوسيط، جـ٢ ص ٩٠٠ فقرة ٥٠٩.

(٢) نصت الماة ٣٦٣ مدنى يمنى على ان «كل اتفاق على فائدة ربوية باطل ولا يعمل به، وكل اتفاق تبين أنه يستر فائدة ربوية غير صحيح كذلك ولا يعمل به...».

المالية هى التى يعتبر المعتدى غاصباً بها.

– حكم الغصب : بينت الدراسة بالدليل أنه عمل محرم شرعاً وقانوناً.

– فيما يتعلق بتمييز الغصب عن غيره من مظاهر الاستيلاء على مال الغير بغير حق. بينت الدراسة أن أهم الصور التى يختلف حكمها عن حكم الغصب هى السرقة والحرابة، إذ إن العقوبة فى هاتين الأخيرتين حدية إذا توفرت شروط معينة، بينما عقوبة الغصب تعزيزية، وقد بينت الدراسة المبررات الفقهية لهذه التفرقة، وبينت أيضا أن تطبيق العقوبة الحدية على من يستولى على مال غيره بطريق السرقة والحرابة له أثر على الحكم بالضمان فى الفقه الإسلامى فقط، حيث اختلف الفقهاء بين قائل بوجوب الضمان مطلقا سواء نفذت العقوبة الحدية على السارق أو المحارب أم لم تنفذ وسواء كان الجانى موسراً أم معسراً. وقائل بعدم اجتماع القطع والضمان. وأخيراً هناك من الفقهاء من فرق بين الجانى الموسر والجانى المعسر، فالأول يجب عليه القطع مع ضمان الشئ التالف بالمثل أو القيمة بشرط استمرار اليسر، أما الثانى فلا ضمان عليه.

وقد بينت الدراسة الأدلة التى استند إليها الفقهاء فى آرائهم المختلفة. ويلاحظ أن هذا الخلاف الفقهى محصور على حالة هلاك أو استهلاك الشئ المأخوذ بطريقة السرقة أو الحرابة، أما إذا كان الشئ لايزال موجوداً وقائماً بعينه فلا خلاف بين الفقهاء فى وجوب رده إلى صاحبه فى جميع الأحوال.

أما فى الفقه القانونى فلا أهمية لتمييز الغصب عن غيره من صور الاستيلاء بغير حق على مال الغير، لأن حكم الضمان – المسئولية المدنية – يقوم على كل من يستولى على مال غيره بغير حق بغض النظر عن تنفيذ العقوبة الجنائية أو عدم تنفيذها.

– محل الغصب: بينت الدراسة أن الأعيان المنقولة تعتبر محلاً لأحكام الغصب باتفاق الفقهاء، وأن الخلاف قد نشأ بين الفقهاء بالنسبة إلى العقارات، فاتجاه ذهب إلى حصر أحكام الغصب على المال المنقول فقط أما العقارات حال الاستيلاء عليها

بدون حق فلها أحكام أخرى تختلف عن أحكام الغصب حيث لا يضمنها الغاصب إذا هلكت بقوة قاهرة، وإنما يضمنها إذا أتلفها أو تصرف بها الى الغير وهو يضمنها ضمان إتلاف لا ضمان غصب، وهناك فرق بين ضمان الغصب وضمان الإتلاف عند أصحاب هذا الاتجاه.

واتجاه آخر ذهب إلى أن أحكام الغصب تنطبق على كل من يستولى على شئ للغير حق عليه أيا كان هذا الشئ سواء أكان عقاراً أم منقولاً.

وقد بينت الدراسة الحجج التى استند إليها الفقهاء فيما ذهبو إليه مع المناقشة والترجيح لما رأيناه راجحاً بناء على الدليل.

– التزام الغاصب برد العين المغصوبة وثمارها : وفي هذا المقام بينت الدراسة كيفية الرد ومكانه ونفقته بالإضافة إلى الأحكام التى تستتبع الحكم بالرد مثل: حكم المصروفات التى أنفقها الغاصب على الشئ المغصوب وحكم تصرفات الغاصب الفعلية بالشئ المغصوب وأثرها علي الحكم بالرد، وهنا تناولنا عدة مسائل من أهمها حكم رد الشئ المغصوب بعد تغييره وتحويله إلى شئ آخر. وأيضا حكم التصاق المغصوب بمال الغاصب بفعل هذا الأخير – البناء على الأرض المغصوبة أو زرعها وغرسها– وكذلك عرضت الدراسة لآراء الفقهاء حول أثر مضي المدة على الحكم بالرد.

– تصرفات الغاصب القولية بالشئ المغصوب كبيعه وهبته هى – طبقا للرأى الذى رجحناه – موقوفة على إجازة المالك.

– التزام الغاصب بالضمان : وفيه بينت الدراسة مفهوم الضمان وأدلة وجوبه وكيفيته.

وكل ذلك تم دراسته فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى اليمنى ثم المقارنة بما عليه القانون المدنى المصرى.

الاقتراحـــات :

أولا - فى القانون المدنى اليمني :

١ - عرفت المادة ١١٢٦ مدني الغصب بأنه: «الاستيلاء علي مال الغير أو حقه عدواناً بدون سبب شرعي».

وقد أخذ على هذا التعريف جمعه بين المال والحق، حيث إن هذا الأخير شئ معنوى ليس له وجود مادى محسوس يمكن الاستيلاء عليه، فهو لا يخرج عن كونه مصلحة أو اختصاصاً أو سلطة سواء أكان ذلك فى الفقه الإسلامى أم فى الفقه القانونى، وإنما القيمة المالية للحقوق المتعلقة بالأعيان، كحق الارتفاق وحق الاستعمال، وكذا الجانب المالى لحق المؤلف هو الذى يعتر المعتدى غاصباً له.

لذلك نرى أنه يحسن بالمشرع اليمنى حذف عبارة "أو حقه" ليكون التعريف جامعاً مانعاً.

٢ - نصت الماة ١١٢٨ مدنى يمنى على الآتى :

«لا يضمن الغاصب من غير المنقول "العقار" إلا ما تلف تحت يده...».

وهذا معناه كما بينا فى صلب الدراسة أن العقار إذا كان قد خرج من تحت يده الغاصب وتداولته الأيدى فإن الضمان يكون على من تلفت العين تحت يده، أى أن المغصوب منه ليس له حق فى الرجوع بالضمان على الغاصب وإنما على واضع اليد فقط، وهذا إن كان عالماً بأن العين مغصوبة أستقر عليه الضمان وليس له حق الرجوع على أحد بما دفع، وإن كان غير عالم بالغصب - حسن النية- فيضمن أيضا ولكن له حق الرجوع بما غرم على من غره، وهو ما قضت به المادة ١١٤٨ مدنى يمنى بقولها: «القرار فى ضمان العين المغصوبة إذا تنوسخت علي الأخير مطلقا وإن لم يكن عالما وغرم أرش النقص رجع به على الغار له وبأجرة مثله إن كان له أجر...».

وفى رأينا أنه كان حريا بالمشرع اليمنى- وقد عرف الغصب بما عليه جمهور الفقه الاسلامي، ذلك التعريف الشامل للعقار والمنقول - أن ينهج نهج الجمهور ويقرر الضمان على الغاصب دون تفرقة بين العقار والمنقول سواء أحدث التلف تحت يده أم

تحت يد من ترتبت يده على يده، بحيث يكون الخيار للمغصوب منه فى الرجوع على الغاصب أو على واضع اليد، وإذا كان هذا الأخير حسن النية ولم يحدث التلف بفعله فله حق الرجوع بما ضمن علي من غره.

وإذا رئي الأخذ بهذا الاقتراح عند تعديل القانون المدنى اليمنى فنرى ما يلى:-

أ - إلغاء المادة ١١٢٨ والمادة ١١٤٨ المشار إليهما آنفاً.

ب - الاكتفاء بالقاعدة العامة فى المسئولية المدنية المنصوص عليها فى المادة ٣٠٩ التى تقول: «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنى لايد له فيه كحادث مفاجئ أو قوه قاهرة أو خطأ من المضرور، أو خطأ من الغير ، فإنه يكون غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضى بغير ذلك». على أن يضاف إلى عجزها ما يلى :

إلاّ الغاصب ومن فى حكمه فيسأل عن تعويض المضرور فى جميع الاحوال، ويكون الخيار للمغصوب منه فى الرجوع بالضمان على الغاصب أو على من استقرت العين تحت يده، وإذا كان هذا الأخير حسن النية كان له الحق فى الرجوع بما ضمن على من غره.

٣ - لم يرد فى القانون المدنى اليمنى نص صريح بشأن حق المغصوب منه فى استرداد الزوائد الحادثة تحت يد الحائز الذى ترتبت يده على يد الغاصب، وفى ذلك نقترح على المشرع اليمنى أن يفرد نصاً يقرر فيه حق المغصوب منه فى استرداد الزوائد من تحت يد الحائز سواء أكان حسن النية أم كان سئ النية، باعتبارها نماء مال مملوك له على أن يكون للحائز حسن النية حق الرجوع على من غره بكل ما غرم وذلك عملاً بما عليه جمهور الفقه الإسلامى.

٤ - أخذ المشرع اليمنى بنظام عدم سماع الدعوى إذا مضى على وضع اليد ثلاثون سنة حيث نصت المادة ١١٢٥ مدنى يمنى على ما يلى :

«لا تسمع دعوى الملك من حاضر على ذي اليد الثابته الذى يتصرف تصرف المالك بلا مطالبة ولا قرابة ولا مصاهرة ولا ظروف غير عادية تسود فيها الفوضى أو التغلب ويتعذر

فيها الوصول إلى الحق وذلك بعد مضى ثلاثين سنة من يوم وضع اليد والعبرة فى اعتبار الشخص غائباً عن البلد هى بوجوده خارجها طوال المدة المقررة ويعتبر حاضراً إذا كان متردداً إليها».

والمنع من سماع الدعوى بعد ثلاثين سنة من يوم وضع اليد لا ينطبق على الميراث والوقف والشركة، ذلك أن المشرع اليمنى قد استثنى هذه الحالات الثلاث وقرر سماع الدعوى فيها فى أى وقت، جاء فى المادة ١٨ من قانون الاثبات الشرعى رقم ٢١ لسنة ١٩٩٢م «....ويستثنى الميراث والوقف والشركة فلا تحدد بمدة ....» .

وقد لاحظنا على نظام عدم سماع الدعوى فى القانون المدنى اليمنى ما يلى :

أ- المال العام " المخصص للمنعة العامة" لم يرد ذكره ضمن الأموال التى استثناها المشرع من نظام عدم سماع الدعوى، فالاستثناء كان مقصوراً على الميراث والوقف والشركة.

ومع أن القاعدة العامة تقضى بأن المال العام «... لا يجوز التصرف فيه والحجز عليه ولا تملك الأشخاص له بأى وسيلة مهما بقى عاماً...» م (١٢٠مدنى)، إلا أنه كان الأحسن - من قبيل التأكيد وإسباغ المزيد من الحماية للمال العام - أن ينص المشرع اليمنى على أن: من حق الدولة أو بالأحرى من واجبها أن تستعيد المال العام من تحت يد الحائز له فى أى وقت وذلك بالطرق الإدارية دون الرجوع إلى القضاء. وإذا كان الحائز يدعى حقاً على المال العلم الذى يحوزه فعليه هو - بعد نزع المال من يده - اللجوء إلى القضاء. وهذا القول نفسه ينطبق على المال الخاص المملوك للدولة أو لأحد الاشخاص الاعتبارية العامة الأخرى، فأموال الدولة سواء العامة منها أو الخاصة كثيراً ما تكون عرضه للاستيلاء عليها من قبل الغاصبين ذوى النفوذ والجاه، وما تقوم به الدولة من رقابة على هذه الأموال أو تلك لا يمنع من حدوث الاعتداء عليها خاصة أنها منتشرة فى أرجاء البلاد الواسعة.

ب - بين المشرع اليمني في المادة ١٢٥ ' مدنى السابق ذكرها أهم الشروط الواجب توفرها لعدم سماع الدعوى وهى حضور المدعي فى بلد الغصب وعدم مطالبته بالشئ الذى يدعيه طوال ثلاثين سنة من يوم وضع اليد وأيضا عدم وجود قرابة أو ظروف غير عادية تمنعه من رفع الدعوى إلاً أنه لم يشر إلى عذر شرعى هام تسمع معه الدعوى فى أي وقت مهما مضى من الزمان على وضع اليد ألا وهو صغر المدعى أو جنونه وهو عذر أشار إليه الفقه الحنفى الذى استقى منه نظام عدم سماع الدعوى. ولم يشر أيضا إلى قيد عند الإنكار وهو قيد ذكره العلامة ابن عابدين من فقهاء الحنفية بقوله: «عدم سماع القاضى لها - أى الدعوى - إنما هو عند إنكار الخصم فلو اعترف تسمع به». وقد قلنا إنه كان يحسن بالمشرع اليمنى عدم إغفال هذا القيد حتى لا يتصور المدعى عليه إذا كان غاصباً أو حائزاً سئ النية - يعلم بأن الشئ الذى تحت يده مغصوب من مالكه - أن مجرد انقضاء الثلاثين سنة يعطيه حقاً على الشئ المغصوب الذى تحت يده، لأن نظام عدم سماع الدعوى لمرور الزمان إنما هى قضاء بالظاهر لا يولد حقاً، فالحق يظل لصاحبه فإذا أقر به الخصم يلزمه.

ثانيا - فى القانون المدنى المصرى:

١- تنص المادة ٩٨٤ مدنى على أنه «إذا كان الحائز سئ النية فإنه يكون مسئولاً عن هلاك الشئ أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث فجائى، إلا إذا أثبت أن الشئ يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد من يستحقه».

وقد سبق القول : أنه طبقاً لهذا النص يستطيع الغاصب أو الحائز سئ النية عموماً أن يتخلص من المسئولية عن هلاك الشئ الذى يحوزه بغير حق إذا أثبت أن الشئ حتما كان سيهلك ولو كان باقياً فى يد من يستحقه.

ومع أن المشرع المصرى قد استثنى وقرر مسئولية السارق عن هلاك أو ضياع الشئ المسروق ولو أثبت السارق أن الشئ كان سيهلك حتماً لو كان فى يد مالكه وذلك عندما نص فى المادة ٣/٢٠٧ «على أن الشئ المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت فإن تبعة الهلاك تقع على السارق». إلا أننا نرى أن هذه تفرقة لا مبرر لها

ونقترح على المشرع المصرى أن يوحد الحكم وينص على مسئولية الحائز سئ النية -أيا كان - عن هلاك الشئ عقاراً كان أ. نقولاً، وأيا كان سبب الهلاك ولو تبين أن الشئ كان سيهلك ولو كان فى يد مالكه باعتبار أن الحيازة بسوء نية تعتبر فى حد ذاتها خطأ كافيا لمساءلته.

وفى هذا المقام نرى إلغاء الاستثناء الوارد في المادة ٩٨٤ فى فقرتها الأخيرة والاكتفاء بالفقرة الأولى بحيث يكون نص المادة كما يلى.

« إذا كان الحائز سئ النية فإنه يكون مسئولاً عن هلاك الشئ أو تلفه ولو كان ذلك بسبب أجنبى».

٢ - نرى أنه يحسن بالمشرع المصرى العدول عن نظام التقادم المكسب والأخذ بنظام عدم سماع الدعوى، خاصة وأن هذا النظام الأخير يحقق ذات الأهداف التى شرع نظام التقادم المكسب من أجل تحقيقها وهى التى يتمثل أهمها فى وضع حد للدعاوي والمنازعات حول الملكية ولكن على أساس الظاهر - فى نظام عدم سماع الدعوى - الذى لا يحول الواقع إلى حق، فبقاء نظام التقادم على ما هو عليه فى القانون المدنى المصرى من شأنه تشجيع الغاصبين وتدعيم المراكز غير المشروعة حيث يؤدى إلى تملك الحائز سئ النية للشئ محل الحيازة دون وجه حق.

٣- نقترح على المشرع المصرى عندما تسنح الفرصة لتعديل القانون المدنى أن يأخذ بنظرية العقد الموقوف فى جميع التصرفات التى يجريها الشخص فى ملك غيره دون إذن أو ولاية.

٤ - هناك فوائد ربوية قررها المشرع المصرى في المادتين ٢٢٦ و ٢٢٧ مدنى اللتين سبقت الإشارة إليهما فى نهاية هذا البحث[1]، نتطلع فى أن يبادر المشرع المصرى إلى إلغائها ليكون متفقاً مع الفقه الاسلامى من جهة ومتسقاً مع الدستور الدائم للبلاد من جهة أخرى. فقد نصت المادة الثانية من الدستور على أن : « الإسلام

(١) ينظر ص ٢٠٣ و ٢٠٤ مع الهامش رقم ١ من هذا البحث.

دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع»[١].

وأخيراً نقول كما بدأنا الحمد لله حمداً كثيراً يليق بجلال قدره وعظيم شأنه، فهذا ما وفقنا الله إليه، فما كان منه صواباً فهو بفضله سبحانه وتعالى، وما كان خطأ فهو منى وأسأله العفو والمغفرة ، فالكمال لله وحده وهو الهادى إلى سواء السبيل.

≅≅≅≅≅≅≅≅≅≅≅≅≅≅≅

---

(١) دستور جمهورية مصر العربية الصادر سنة ١٩٧١م المعدل سنة ١٩٨٠، المنشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٦ فى ٢٦ يونيه ١٩٨٠م.